

NUF og konkursskarantene

Kandidatnummer: 596

Leveringsfrist: 27.4.2009

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 16796 ord

24.04.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Innledende bemerkninger	1
1.2	Problemstillinger	2
1.3	Rettskildebildet	2
1.4	Avgrensninger og fremstillingen videre	4
<u>2</u>	<u>KONKURSKARANTENE</u>	<u>6</u>
2.1	Rettslig grunnlag og formål	6
2.2	Personer som kan ilegges konkurskarantene	7
2.3	Vilkårene for å bli satt i konkurskarantene	8
2.3.1	Tidspunktet for illeggelse av konkurskarantene	9
2.3.2	De materielle vilkårene	10
2.4	Rettsvirkningene av å bli satt i konkurskarantene	12
2.5	Litt fakta	14
<u>3</u>	<u>VIRKNINGENE AV KONKURSKARANTENE VED OPPRETTELSE AV NUF</u>	<u>15</u>
3.1	Generelt om NUF	15
3.2	Norsk rett	16
3.2.1	Historikk	16
3.2.2	Konkursloven § 142 tredje ledd jfr. femte ledd.	18
3.2.3	EØS-loven	28

3.3	Centros-dommen	30
3.4	Internasjonal rett	33
3.4.1	CA 2006 sections 1184 og 1185	33
3.4.2	Etableringsfriheten og forbudet mot diskriminering	37
3.4.3	Forskjeller i og utenfor EØS-land	46
3.4.4	Oppsummering	48
<u>4</u>	<u>VILKÅRENE FOR ILEGGELSE AV KONKURSKARANTENE VED KONKURSBEHANDLING AV NUF</u>	<u>50</u>
4.1	Innledende bemerkninger.	50
4.2	Tingrettens stedlige kompetanse	50
4.2.1	Åpning av konkurs i Norge	51
4.2.2	Beviskravene	54
4.3	Personer i et NUF som kan ilegges konkursskarantene	55
4.3.1	Kontaktperson	56
<u>5</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>59</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>60</u>
<u>7</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>1</u>

1 Innledning

1.1 Innledende bemerkninger

Et NUF er en norsk avdeling av et utenlandsk foretak. Det vil si at hovedselskapet, den juridiske enheten, ligger i utlandet og at det er en avdeling av dette som drives i Norge. Konkurskarantene er en sivilrettslig reaksjon som kan ilegges personlig næringsdrivende og ulike aktører i andre sammenslutninger som har gått konkurs.

Temaet for denne avhandlingen er konkurskarantene i forbindelse med opprettelse av et NUF og konkurs i et NUF.

De siste årene har det vært en stadig økning i antall nye registrerte NUF. I 2001 ble det registrert 188 nye NUF mens det sammenligningsvis ble registrert hele 3309 nye NUF i 2008.¹

Det er flere uløste juridiske spørsmål i forbindelse med konkurskarantene og NUF. De kildene som er tilgjengelige om temaet i dag nøyer seg bare med å slå fast dette. I praksis viser det seg at det er mulig for personer ilagt konkurskarantene å drive næring gjennom en norsk avdeling av utenlandsk foretak. I tillegg er det usikkerhet rundt hvilke personer i et NUF som kan idømmes konkurskarantene etter konkursloven § 142.

På bakgrunn av det økende antall registrerte NUF og konkurser åpnet i hovedselskapet til NUF i Norge de siste årene er det et behov for å klargjøre rettssituasjonen for konkurskarantene og NUF.

¹ Statistisk sentralbyrå. <http://www.ssb.no/emner/10/01/foretak/tab-2009-02-27-04.html>

1.2 Problemstillinger

Fremstillingen vil i det følgende hovedsakelig bli delt i to.

I punkt 3 vil sentrale problemstillinger om konkurskarantene i forbindelse med opprettelse av NUF bli behandlet.

Hovedproblemstillingen i punkt 3 er om det finnes noen hjemmel for å nekte personer ilagt konkurskarantene å drive næring gjennom et NUF. Dette spørsmålet vil bli behandlet i lys av norsk rett, engelsk rett, EØS-avtalen og Norges andre folkerettslige forpliktelser.

I punkt 4 vil spørsmål rundt ileggelse av konkurskarantene i forbindelse med konkurs i et NUF bli behandlet.

Hovedproblemstillingen i punkt 4 er om og eventuelt hvilke personer i et NUF som kan ilegges konkurskarantene.

1.3 Rettskildebildet

Det rettslige utgangspunktet for vurderingene etter norsk rett er lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8. juni 1984 nr. 58 (heretter kalt kkl.). Denne loven regulerer både materielle og prosessuelle regler for idømmelse av konkurskarantene. Den type NUF som skal behandles i drøftelsene her må registreres i Foretaksregisteret og Enhetsregisteret for å kunne drive næring i Norge. Reglene om registrering følger av Lov om registrering av foretak av 21. juni 1985 nr. 78 (heretter kalt fregl.) og Lov om Enhetsregisteret av 6. april 1994 nr.15.

Et NUF er normalt et alternativ til aksjeselskap, den utenlandske juridiske enheten i NUF vil som regel være en tilsvarende utenlandsk selskapsform med begrenset ansvar, derfor vil noen av reglene i Lov om aksjeselskap av 6. juli 1957 nr.4 (heretter kalt asl.) bli behandlet.¹

EØS-avtalen er gjort til norsk lov gjennom EØS-loven av 27. november 1992 nr. 109.

Avtalen er gitt forrang der den er i motstrid med norsk rett i EØS-lovens § 2. EØS-avtalen

¹ NOU 2009:4 punkt 10.4.1

er en sentral del av rettskildebildet for drøftelsen i punkt 3.4.2. Det er denne avtalen som skaper mest usikkerhet rundt Norges adgang til å nekte registrering av NUF der stifteren av hovedforetaket i utlandet er i konkurskarantene.

Videre har engelsk selskapslovgivning, særlig Companies Act 2006, relevans for drøftelsene angående konkurskarantene og NUF. Grunnen til det er at de fleste NUF har hovedselskapet registrert i England.¹

To opphevede lover, Lov om aksjeselskaper 6. juli 1957 nr.4 og Lov om Handelsregistre, Firma og prokura 17. mai 1890 nr. 6 vil bli behandlet for å klarlegge om det er en endring i rettstilstanden med nye gjeldende lover på områdene.

Det foreligger begrenset relevant rettspraksis om konkurskarantene og NUF. De fleste spørsmål som vil bli drøftet, har aldri kommet på spissen og har derfor ikke blitt prøvd rettslig.

Det finnes noe rettspraksis som er relevant for den generelle redegjørelsen av reglene om konkurskarantene punkt 2. Her vil det hovedsakelig bli referert til høyesterettspraksis. Videre vil rettspraksis fra EF-domstolen ha relevans for drøftelsen om Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

Det finnes en god del forarbeider til konkursloven som naturlig nok har stor rettskildemessig verdi ved presiseringen og vurderingen av innholdet i konkurslovens regler om konkurskarantene. For konkurskarantene i forbindelse med NUF er det derimot svært begrenset med uttalelser i forarbeidene. Forarbeidene til foretaksregisterloven har også relevans for noen av drøftelsene.

24. februar i år la skatteunndragelsesutvalget frem en utredning om tiltak mot skatteunndragelser, NOU 2009:4. I denne utredningen blir flere spørsmål rundt NUF behandlet. Selv om det er skatteunndragelse som er det sentrale for utredningen, er det en del momenter i utredningen som er av interesse for drøftelser i denne avhandlingen. Jeg er enig i skatteunndragelses syn på adgangen til å sette strengere vilkår for registrering av

¹ NOU 2009:4 s. 71

NUF der hovedselskapet er opprettet utenfor EØS.¹ Store deler av denne avhandlingen var skrevet før NOU 2009:4 ble lagt frem, men henvisninger er innarbeidet i den grad jeg har hatt mulighet.

På bakgrunn av det begrensede kildematerialet på det rettsområdet avhandlingen behandler, får artikler og reelle hensyn større rettskildemessig betydning for drøftelsene enn de kanskje normalt får.²

1.4 Avgrensninger og fremstillingen videre

I denne avhandlingen vil kun problemstillinger i forbindelse med konkurskarantene og NUF bli behandlet. Forholdet mellom konkurskarantene og dobbeltstraff etter Europarådets menneskerettighetskonvensjon (EMK) vil for eksempel falle utenfor, det samme vil forholdet til straffeloven § 29.

Videre vil reglene om generell konkursbehandling av NUF bare bli behandlet overfladisk, der det er nødvendig for å belyse problemer i forbindelse med konkurskarantene.

I punkt 2 vil de grunnleggende reglene om konkurskarantene etter konkursloven § 142 bli gjennomgått, denne delen er den eneste som ikke er direkte knyttet sammen med NUF. En generell gjennomgang av vilkår og virkning av en konkurskarantene vil være hensiktsmessig for å kunne poengtere avvik fra vanlig praktisering av reglene i forbindelse med stiftelse og konkurs i NUF.

Fremstillingen vil ta for seg *virkingen* av en konkurskarantene ved opprettelse av et NUF i punkt 3 og deretter *vilkårene* for å ilegge konkurskarantene i et NUF i punkt 4. Det kan kanskje virke ulogisk å starte med virkninger av en konkurskarantene og deretter ta for seg vilkårene. Jeg mener likevel at det er mest hensiktsmessig å ta for seg reglene om

¹ NOU 2009:4 s. 314

² Eckhoff s. 269 følgende

konkurskarantene og NUF i den nevnte rekkefølge. Det er mest logisk å følge et NUF fra vugge til grav; fra opprettelse til konkurs.

2 Konkurskarantene

2.1 Rettslig grunnlag og formål

Hjemmelen for å ilegge konkurskarantene finnes i konkursloven § 142. De prosessuelle reglene følger av kkl. § 143.

Det viktigste formålet med konkurskarantene er å stoppe konkursgjengangere.¹

Reglene om konkurskarantene har også til formål å bevisstgjøre aktører i næringslivet om den aktsomhetsplikten som påhviler dem, altså et preventivt formål.²

Den skjønnsmessige vurderingen av om konkurskarantene skal ilegges eller ikke, gjør at man i praksis kan ilegge en person som går konkurs for første gang konkurskarantene.

Dette gjelder til tross for at et uttalt formål er å forhindre konkursgjengangere. På denne måte vil reglene om konkurskarantene kunne ha en individualpreventiv virkning, ved å forhindre at personer i sin første konkurs ikke blir konkursgjengangere.³

I Rt. 2003 s.1221 oppsummerte Høyesterett formålene uttalt i forarbeidene til konkursloven § 142 slik: *”Ut fra lovmotivene kan det etter dette slås fast at bestemmelsene om konkurskarantene har som formål å forhindre at en konkursdebitor eller et selskaps ledelse stifter eller leder nye aksjeselskap. Det underliggende hensyn er at forretningsdrift gjennom selskap med begrenset ansvar innebærer farer, og at omgivelsene må beskyttes mot at uhederlige eller uansvarlige elementer utnytter denne selskapsformen. Hensynet til forsvarlig ressursforvaltning og kreditorenes og aksjonærenes interesser fremheves spesielt. Motivene understreker at vedtak om konkurskarantene må treffes snarest mulig for*

¹ Ot.prp. nr 50 (1980-1981) s. 52

² Innst.O.nr 56 (1983-1984) s. 10

³ Huser (1988) s. 424

å hindre fortsatte misligheter. Konkurskarantene regnes ikke som straff, tvert imot fremheves at konkurskarantenen og straffereaksjoner utfyller hverandre”.

I forarbeidene til konkursloven ble det fremhevet at det er viktig å veie de overnevnte formål mot behovet og interessen for nye bedrifter i næringslivet.¹ Videre er det viktig at dyktige ledere ikke er redde for å gå inn i en bedrift og forsøke å redde den fra konkurs. Det kan ikke være slik at vedkommende da risikerer å bli satt i konkurskarantene hvis forsøket ikke er vellykket.² Dette er momenter som må tas med i vurderingen av om konkurskarantene skal ilegges eller ikke.

2.2 Personer som kan ilegges konkurskarantene

Det fremkommer av kkl. § 142 første ledd første punktum at ”en skyldner hvis bo er tatt under konkursbehandling” kan settes i konkurskarantene. Dette betyr at personlige konkursdebitorer kan ilegges konkurskarantene.

I praksis er det ofte selskaper som er egne rettssubjekter som går konkurs. Av § 142 sjette ledd fremkommer det hvilke fysiske personer som kan settes i konkurskarantene ved konkurs i et slikt selskap.

Det følger av § 142 sjette ledd nr.1 at deltagere med fullt ansvar i ansvarlige selskaper og kommandittselskaper kan settes i konkurskarantene.

I et ansvarlig selskap har deltakerne naturlig nok stort ansvar for driften av selskapet, både økonomisk og i sammenheng med den daglige driften.

I et kommandittselskap kan den med ubegrenset personlig ansvar, komplementaren, ilegges konkurskarantene på samme måte som deltakerne i et ansvarlig selskap.³ Mens kommandittist med begrenset ansvar, faller utenfor reglene.⁴

¹ Innst.O. nr 56 (1983-1984) s. 10

² Innst.O. nr 56 (1983-1984) s. 10

³ Se selskapsloven § 1-2 litra f

⁴ Se selskapsloven § 1-2 litra g

Det følger av § 142 sjette ledd nr. 2 jfr. femte ledd at styremedlemmer, varastyremedlemmer og daglig leder i ”*aksjeselskaper, allmennaksjeselskaper, forretningsavdeling av utenlandsk foretak, næringsdrivende stiftelse, boligbyggelag, borettslag, samvirkeforetak, gjensidige forsikringsselskap og statsforetak*” kan idømmes konkurskarantene. Oppregningen av sammenslutninger i § 142 femte ledd er ment å være uttømmende, det vil si at en daglig leder, styremedlemmer og varastyremedlemmer ikke kan idømmes konkurskarantene ved konkurs i andre sammenslutninger.¹

Dersom man formelt har hatt en annen stilling i sammenslutningen enn de som er nevnt i § 142 sjette ledd nr. 2 kan man allikevel settes i konkurskarantene hvis man *reelt* har vært medlem i styret eller daglig leder. Denne understrekningen av at det er det reelle forholdet som har betydning har forbindelse med at man ønsker å forhindre bruken av stråmenn.²

Det følger av forarbeidene at man skal ha klare holdepunkter før man ilegger andre personer enn de som formelt har vært innehaver av stillingen som daglig leder eller verv i styret konkurskarantene.³ Formålet med konkurskarantene er å forhindre at de som har vært med på bedriftens ledelse starter opp et nytt selskap med begrenset ansvar.⁴ Dette taler for at listen over hvem som kan ilegges konkurskarantene i § 142 sjette ledd nr. 2 er ment å være uttømmende. Med andre ord kan ikke eiere og ansatte utenfor de stillingene som er nevnt i § 142 sjette ledd nr. 2 ilegges konkurskarantene.

2.3 Vilkårene for å bli satt i konkurskarantene

Det følger av kkl. § 142 første ledd at tingretten ”*kan*” sette en person i konkurskarantene, bestemmelsen er altså fakultativ. Det innebærer at selv om vilkårene for ileggelse av konkurskarantene er oppfylt er det opp til retten å bestemme om en konkurskarantene skal ilegges. I forarbeidene til konkursloven uttales det at denne vurderingen for eksempel må

¹ Huser (1988) s. 426

² Schonhowd (2001) s. 26

³ Ot.prp nr.50 (1980-1981) s. 124

⁴ Ot.prp nr 50 (1980-1981) s. 52

gjøres konkret i forhold til hvert enkelt styremedlem.¹ Selv om vilkårene er oppfylt kan det hende at bedømmelsen av det enkeltes styremedlemmets rolle kan bli forskjellig pga. ulik grad av kjennskap til de aktuelle forholdene.

2.3.1 Tidspunktet for illeggelse av konkurskarantene

Det første vilkåret for å kunne sette en person i konkurskarantene er at konkurs er åpnet. Dette følger av en naturlig språklig forståelse av § 142 første ledd første punktum, *”tatt under konkursbehandling”*.

En konkurs er formelt åpnet *”på det tidspunkt da kjennelse om åpning av konkurs er avsagt”*, jfr. kkl. § 74.

Hvorvidt uttrykket *”tatt under konkursbehandling”* i § 142 første ledd første punktum betyr at det kun kan ilegges konkurskarantene under bobehandlingen, eller om det også kunne ilegges etter bobehandling var det en stund uenighet om.²

I Rt.1991 s 1216 uttalte kjæremålsutvalget at lagmannsretten hadde lagt en riktig lovforståelse til grunn da de mente å ha hjemmel for å kunne ilegge konkurskarantene etter avsluttet bobehandling. Høyesterett opprettholdt dette synet også i Rt. 1992 s.553.

Dette anses nå som sikker rett.³

Det eneste unntaket som finnes fra regelen om at konkurs må være formelt åpnet er tvangsavvikling etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 16-18. Slik tvangsavvikling er ikke en formell konkurs, men skjer etter konkurslovens og dekningslovens regler. I slike tilfeller kan allikevel reglene om konkurskarantene benyttes.⁴

¹ Ot.prp. nr 39 (1982-1983) s. 9

² Schonhowd (2001) s. 29

³ Schonhowd (2001) s. 30

⁴ Wiker (2003) s. 529

2.3.2 De materielle vilkårene

De materielle vilkårene følger av § 142 første ledd. En ”skyldner” kan settes i konkurskarantene hvis ”*vedkommende med skjellig grunn mistenkes for en straffbar handling i forbindelse med konkursen eller den virksomhet som har ført til insolvensen*”, eller hvis ”*det må antas at vedkommende på grunn av uforsvarlig forretningsførsel er usikket til å stifte et nytt selskap eller å være styremedlem eller daglig leder (administrerende direktør) i et slikt selskap*”.

Av annet ledd følger det at det i tillegg skal foretas en rimelighetsvurdering selv om et av vilkårene foreligger.

a) Alternativ 1: Straffbare handlinger

Det må foreligge ”*skjellig grunn til mistanke*” om en straffbar handling etter § 142 første ledd nr. 1. Dette er det samme uttrykket som brukes i straffeprosessloven, blant annet i straffeprosessloven § 171. I straffeprosessen er kravet om ”*skjellig grunn til mistanke*” et krav om sannsynlighetsovervekt.

I Rt. 1993 s. 1302 sluttet Høyesterett seg til lagmannsretten i tolkingen av § 171 ”*at det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handling saken gjelder enn at han ikke har det*”. Kravet til sannsynlighetsovervekt må antas å gjelde også etter kkl. § 142.

Den skjellige mistanken må ikke bare knytte seg til det objektive, sannsynlighetsovervekt for at alle straffbarhetsvilkårene er oppfylt er en forutsetning for å ilegge konkurskarantene etter dette alternativet.¹ Det må altså i tillegg til at det objektive innholdet i straffebestemmelsen er oppfylt foreligge subjektiv skyld, ingen straffefrihetsgrunner og skyldneren må ha vært tilregnelig.²

¹ Ot.prp. nr 50 (1980-1981) s. 126

² Andenæs (2004) s. 101

At det bare kreves ”*skjellig grunn til mistanke*” betyr at det skal mindre bevis til for å settes i konkurskarantene enn for å bli domfelt i en straffesak. I en straffesak vil in dubio pro reo komme inn med full tyngde, all rimelig tvil kommer tiltalte til gode.¹

Det er videre et krav om årsakssammenheng mellom den straffbare handlingen og driften som har ført til konkursen eller selve konkursen. Dette fremkommer direkte av ordlyden i § 142 først ledd, ”*i forbindelse med*”. Det er med andre ord ikke relevant i forbindelse med vurderingen etter § 142 første ledd nr. 1 om det er begått straffbare handlinger som ikke har forbindelse med insolvensen eller konkursen.

b) Alternativ 2: Uskikket på grunn av ”*uforsvarlig forretningsførsel*”

Dersom det har blitt begått en straffbar handling, men det ikke kan bevises sannsynlighetsovervekt for subjektiv skyld kan det være aktuelt å ilegge konkurskarantene etter § 142 første ledd nr. 2. Eller hvis det har blitt begått andre handlinger som kvalifiserer til ”*uforsvarlig forretningsførsel*”, jfr. § 142 første ledd nr. 2.

For å ilegge konkurskarantene etter § 142 første ledd nr. 2 må både forretningsførselen ha vært ”*uforsvarlig*” og skyldneren må anses ”*uskikket*” til å drive videre virksomhet.

Vilkårene er altså kumulative.²

Hva som ligger i uttrykket ”*uforsvarlig forretningsførsel*” i § 142 første ledd nr. 2 beror på skjønn. Andre rettskilder er med å angi rammene for vurderingen, men til syvende og sist må det bli en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle.

I forarbeidene til konkursloven uttales det for det første at ”*må antas*” i § 142 første ledd nr. 2 viser til et krav om klar sannsynlighetsovervekt.³ Det må være klar sannsynlighetsovervekt både for at forretningsførselen har vært uforsvarlig, og at personen er uskikket til å stifte noe nytt selskap eller å være daglig leder eller styremedlem.

¹ Hov (2007) s. 31

² Schonhowd (2001) s. 37

³ Ot.prp. nr 39 (1982-1983) s. 8

Videre uttales det i forarbeidene at man i den skjønnsmessige vurderingen av om forretningsførselen har vært uforsvarlig skal legge vekt på om *”vedkommende har sørget for en forsvarlig planlegging og ikke har medvirket til risikopregede forretninger som står i misforhold til selskapets ressurser”*.¹ I forarbeidene ble det også understreket at hovedformålet er å få stoppet konkursgjengangere, hvis det er første gang skyldneren går konkurs skal med andre ord konkursskarantene etter § 142 nr. 2 normalt ikke brukes.²

I en kjennelse inntatt i Rt.1991 s. 932 uttalte Høyesterett dette om hva som ligger i uttrykket *”uforsvarlig forretningsførsel”* i § 142 første ledd nr. 2: *”Det avgjørende må være en totalvurdering av forretningsførselen der også faren for tap og faren for at kreditorenes berettigede interesser vil bli tilsidesatt, må telle med”*.

Dette er uttrykk for vurderingsnormen som gjelder fortsatt.

2.4 Rettsvirkningene av å bli satt i konkursskarantene

Det er et skille i forbindelse med rettsvirkningene avhengig av hvilket alternativ i § 142 første ledd man er ilagt konkursskarantene etter.

”Normalformen” av konkursskarantene følger av § 142 tredje ledd.³ Slik konkursskarantene kan man bli satt i uavhengig av hvilket alternativ man blir satt i konkursskarantene etter.

Det følger av § 142 tredje ledd jfr. femte ledd at en person som er satt i konkursskarantene ikke kan *”stifte”* aksjeselskap, almennaksjeselskap osv, han kan heller ikke bli ansatt som daglig leder, eller utøve nye verv som styremedlem eller varastyremedlem. Stiftelse av nye selskap betyr i denne bestemmelsen norske selskap, etter norske regler, for eksempel etter aksjeloven.⁴ Den rammer også stiftelse av NUF, jfr. § 142 femte ledd.

¹ Ot.prp. nr 39 (1982-1983) s. 8

² Ot.prp. nr 39 (1982-1983) s. 9

³ Innst.O. nr 56 (1983-1984) s. 18

⁴ Huser (1988) s. 430

Det er altså nye verv tredje ledd rammer, verv man allerede innehar blir ikke berørt av karantenen. Heller ikke gjenvalg i verv han allerede innehar.¹

Tidsperioden er normalt 2 år fra konkursåpningen, evt. fra rettens avgjørelse om konkurskarantene, jfr. tredje ledd annet punktum.

Av fjerde ledd følger det en skjerpet form for konkurskarantene. Etter § 142 fjerde ledd kan man fjernes fra verv i styret og stilling som daglig leder som man innehar på det tidspunkt dommen angående konkurskarantene blir avsagt. Den skjerpede formen for konkurskarantene har altså en tilbakevirkende kraft.²

Man kan kun settes i en slik skjerpet karantene etter § 142 første ledd første alternativ. Etter bestemmelsen må det foreligge sannsynlighetsovervekt for at det har blitt begått ”*en straffbar handling i forbindelse med konkursen eller den virksomheten som har ført til insolvensen*”.

Denne formen for konkurskarantene kan ikke ilegges alene. Hvis man skal benytte seg av den tilbakevirkende formen etter fjerde ledd, må også den normale formen for konkurskarantene etter tredje ledd ilegges.³

Angivelsen av selskaper i § 142 femte ledd er ment å være uttømmende, det er altså kun stiftelse, stilling og verv i denne type selskaper som rammes av reglene om konkurskarantene.⁴

Det må derfor være adgang til å opprette ansvarlige selskap, kommandittselskap og enkeltmannsforetak selv om man er satt i konkurskarantene.⁵

Bakgrunnen for dette er at ansvarsformen i disse selskapene ikke er begrenset, det er minst en med fullt personlig ansvar.⁶

Dersom en konkurskarantene ikke blir overholdt er det en bestemmelse om straff i

¹ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 124

² Innst.O. nr 56 (1983-1984) s. 18

³ Huser (1988) bind 2 s. 432

⁴ RG 1992 s. 556

⁵ Huser (1988) bind 2 s. 340

⁶ Ot.prp. nr 50 (1980-1981) s. 120

kk1. § 143 a. Det følger av § 143 a at dersom noen ”forsettelig eller uaktsomt” ikke retter seg etter kjennelsen om konkurskarantene kan de ”straffes med bøter eller fengsel inntil 4 måneder”.

Denne regelen gjelder opplagt den personen som er ilagt karantenen, men den rammer også medvirkning.¹ Medvirkning er aktuelt dersom et selskap ansetter en person ilagt konkurskarantene som daglig leder eller gir de en plass i styret hvis de som ansetter vet eller de kan bebreides for ikke å vite om konkurskarantenene.² Siden alle som er ilagt konkurskarantene nå er registrert i Konkursregisteret skal det mye til for å frasi seg ansvaret for ikke å vite om en konkurskarantene.

2.5 Litt fakta

I 2008 ble det ilagt 317 konkurskarantener i Norge. Til sammen var det pr 31.12.08 531 personer i konkurskarantene.³ I 2008 ble det registrert 3598 konkurser i Norge.⁴ Antallet ilagte konkurskarantener er beskjedent sammenlignet med hvor mange konkurser som blir åpnet i året.

I Brønnøysundregistrene blir det lagt inn automatiske sperrer, slik at personer som er idømt konkurskarantene ikke kan registreres i noen av de stillingene han ikke kan ha etter § 142 tredje ledd.⁵ Det samme gjelder dersom han prøver å registrere et selskap som nevnt i § 142 femte ledd.

¹ Wiker (2003) s. 539

² Wiker (2003) s. 539

³ Mail fra Karl Erik Rørmark i Brønnøysundregistrene

⁴ Årsmelding fra Brønnøysundregistrene 2008 s. 33. (<http://www.brreg.no/organisasjon/aarsmelding/>)

⁵ Mail fra Torstein Finnbakk i Brønnøysundregistrene.

3 Virkningene av konkursskarantene ved opprettelse av NUF

3.1 Generelt om NUF

Det er finnes to hovedtyper av NUF. Den første gruppen kalles ofte for tradisjonelle NUF.¹ I denne gruppen finner vi de NUFene med hovedselskap som faktisk driver virksomhet i utlandet. Eksempler på tradisjonelle NUF er IF forsikring og Fokus bank.

Den andre gruppen NUF er de som drives fullt ut i Norge, såkalte ”norske” NUF. Denne gruppen kalles også NUN-NUF, NUN står for Norge Utland Norge.² Dette er liknende selskap som Centros Ltd, se punkt 3.3, der selskapet er opprettet i utlandet kun for å åpne en filial i Norge. Formålet med å opprette et ”norsk” NUF er å unngå kravene som stilles i aksjeloven om aksjekapital og revisjonsplikt.³

For ca et år siden, 27. mars 2008 utarbeidet Statistisk sentralbyrå en rapport om NUF på oppdrag fra Nærings- og handelsdepartementet. Av de NUFene som var registrert i Foretaksregisteret da, totalt 10800 NUF, var ca 1500 tradisjonelle NUF og ca 8500 norske NUF.⁴

I den videre fremstilling vil bare norske NUF bli behandlet. Grunnen til det er at de tradisjonelle NUFene ikke skaper like store problemer i forhold til reglene om konkursskarantene. Tradisjonelle NUF er ikke underlagt norsk konkursjurisdiksjon, deres hovedforretningssted er ikke i Norge.⁵ At det kan åpnes konkurs i Norge er en forutsetning for illeggelse av konkursskarantene, jfr. kkl. § 142 første ledd.

De norske NUFene reiser derimot mange problemstillinger. Problemstillinger i forbindelse med norske NUF og konkursskarantene vil bli behandlet i resten av avhandlingen.

¹ Husaas, Trine. s. 1

² NOU 2009:4 punkt 3.5.5

³ NOU 2009:4 punkt 3.5.5

⁴ NOU 2009:4 punkt 3.5.5. Av de resterende 800 NUFene som var registrert var 200 selvstendig næringsdrivende i utlandet og 600 var feilregistrert.

⁵ Se konkursloven § 146 første ledd første punktum.

3.2 Norsk rett

Det naturlige utgangspunktet for en vurdering av hvilke virkninger en konkurskarantene vil ha ved opprettelsen av et NUF er norsk rett.

3.2.1 Historikk

Norske filialer av utenlandske selskaper er ikke et nytt fenomen, selv om fokuset på slike filialer har vært økende de siste årene.

Det fulgte allerede av firmaloven av 1890 § 16 at en filial av utenlandsk selskap skulle betraktes som en egen forretning, og derfor måtte registreres i Handelsregisteret.

For denne avhandlingens vedkommende er det av størst interesse når norske filialer av utenlandsk selskap ble tatt med i konkurslovgivningen, og da særlig i forbindelse med konkurskarantene.

Regler om konkurskarantene kom først i lov om aksjeselskaper av 6.april 1976 nr. 59 §§ 13-19 og 13-20. Disse bestemmelsene rammet kun personer som hadde vært styremedlemmer eller administrerende direktør i et aksjeselskap.

At også personer i et NUF kan rammes av konkurskarantenereglene er altså nytt med konkursloven av 1984.

I forarbeidene til konkursloven følger det ingen spesiell begrunnelse for hvorfor NUF er tatt med på listen. Det uttales bare at *”det er ikke noen grunn til å stille denne selskapstype annerledes enn de selskaper som ellers er tatt med i oppregningen i annet ledd”* (oppregningen står nå i femte ledd).¹

Et interessant spørsmål er hvorfor NUF er tatt med på listen over hva som skal anses som *”selskap”* i kkl § 142 femte ledd. Hvorfor er det så naturlig å ta med NUF på listen, hva er regelen ment å ramme?

¹ Ot.prp.nr 39 (1982-1983) s. 8

Det er vanlig å bruke betegnelsen ”selskap” når det er snakk om egne juridiske personer. Et NUF er ingen juridisk person, det kan derfor synes noe rart å ta med en filial på listen over selskaper som personer ilagt konkurskarantene ikke kan stifte eller være med på ledelsen av etter § 142 femte ledd. I forarbeidene brukes også ordet ”*selskapstype*” i begrunnelsen for hvorfor NUF skal være med på listen.¹

En begrunnelse for at NUF er tatt med på listen kan være at norske personer kan drive næring gjennom en slik filial, og at det derfor er unaturlig at de ikke skal kunne rammes av reglene. Det vil være mer rettferdig, og det fremmer hensynene bak konkurskarantene bedre dersom alle selskaper med begrenset ansvar skal være rammet av bestemmelsene om konkurskarantene.² Det ville være lite hensiktsmessig å la personer i konkurskarantene kunne ha stillinger i et NUF som de ikke kunne hatt i et AS.

Videre har lovgiver muligens ønsket å sikre kreditorene bedre, det er jo ofte disse som blir taperne ved en konkursbehandling av et NUF. Det er ingen gode grunner for at personer som har vært daglig leder eller styremedlem skal slippe unna og fortsette å være en ”fare” for kreditorene ved å drive gjennom en filial av et utenlandsk selskap.

Et poeng av betydning i denne sammenheng er at i 1984, da konkursloven trådte i kraft, var de fleste NUF såkalte tradisjonelle NUF.³ Forutsetningen for ileggelse av konkurskarantene etter § 142 er at konkurs er åpnet. For tradisjonelle NUF er det klart at det ikke kan åpnes konkurs i Norge. Hovedselskapet har ikke verneting i Norge etter kkl. § 146.⁴

Dette vil si at det var lite realitet i § 142 sjette ledd nr 2 jfr. femte ledd for NUF i 1984, siden konkurs ikke kunne åpnes i Norge kunne det heller ikke ilegges konkurskarantene. Dette betyr at det lovgiver henviser til når de sier at det ikke er noen naturlig grunn til å la være å behandle NUF på annen måte enn de andre selskapsformene som er oppramset i kkl. § 142 femte ledd, er at personer ilagt konkurskarantene ikke skal få sitte i styret eller utøve stilling som daglig leder i NUF. Det er altså mer virkningene av en konkurskarantene etter tredje ledd enn ileggelsen etter sjette ledd som må ha vært i lovgivers tanker da de satte inn

¹ Ot.prp. nr 39 (1982-1983) s. 8

² Se punkt 2.1

³ Se punkt 3.1

⁴ Se punkt 4.2

NUF i § 142 femte ledd. Slik situasjonen er i dag vil den kunne ramme både virkning og vilkår for personer i NUF.

3.2.2 Konkursloven § 142 tredje ledd jfr. femte ledd.

Først må det understrekes at det ikke er adgangen til å opprette for eksempel engelsk selskap som skal drive næring i England som er det interessante under dette punktet.

Norge kan ikke uten en eventuell avtale gjøre noe med om England ønsker å la personer ilagt norsk konkurskarantene drive selskaper i England. Jurisdiksjonsspørsmålet som skal behandles her er kun knyttet til filialen i Norge.

Hovedproblemstillingen under dette punktet er om man har noen hjemmel i konkursloven § 142 tredje ledd jfr. femte ledd for å nekte registrering av NUF, der hovedselskapet er stiftet av en person ilagt konkurskarantene.

Dette spørsmålet ble ikke behandlet i forarbeidene til konkursloven, og det finnes ingen rettspraksis på området. Vurderingen må derfor bli gjort på bakgrunn av naturlig språklig forståelse av ordlyden og reelle hensyn.

Etter min mening er det tre ulike, aktuelle tolkingsalternativer av kkl. § 142 tredje ledd jfr. femte ledd.

a) Første tolkningsalternativ

Det følger av ordlyden i § 142 tredje ledd at en person ilagt konkurskarantene ikke kan ”*stifte selskap som nevnt i femte ledd*”. I femte ledd er blant annet NUF og flere andre selskapsformer med begrenset ansvar oppramset, blant annet aksjeselskap. De selskapene som åpnes i utlandet er som regel selskap med en begrenset ansvarsform, slik at det vil være naturlig å sammenligne dem med aksjeselskap i Norge.¹

¹ NOU 2009:4 punkt 10.4.1

Det første spørsmålet blir om man kan tolke å ”*stifte selskap*” i § 142 tredje ledd jfr. femte ledd som et forbud mot å stifte utenlandsk selskap dersom formålet med stiftelsen av selskapet kun er å drive en filial i Norge.

På den ene side taler likebehandlingshensyn for at dersom det eneste formålet med å stifte et selskap i utlandet er å drive en filial i Norge bør det kunne nektes, slik som andre selskapsformer med begrenset ansvar blir. Realiteten blir jo at man kun åpner selskapet i utlandet for å omgå reglene om konkursskarantene, og det er derfor gode grunner for at å ”*stifte selskap*” i utlandet bør falle inn under ordlyden i kkl § 142 tredje ledd jfr. femte ledd. Videre er det unaturlig å kalle et NUF et ”*selskap*”. En tolkning av kkl. § 142 tredje ledd jfr. femte ledd kan på denne måten naturlig tenkes å peke tilbake på hovedselskapet. Dette er jo det eneste ”*selskapet*” i tradisjonell forstand når man snakker om NUF. At NUF er oppramset under definisjonen av ”*selskap*” i § 142 femte ledd taler i midlertidig mot en slik tolking.

På den annen side vil det være vanskelig å bevise at en person kun åpner et selskap for å drive filial i Norge. Sannsynligvis vil det gå kort tid mellom selskapet stiftes og filialen åpnes. Uansett hvor kort tid som går mellom stiftelse av hovedselskap i utlandet og stiftelse av NUF er det stiftelsestidspunktet i utlandet som må være det tidspunktet § 142 tredje ledd jfr. femte ledd eventuelt gir norske myndigheter kompetanse til å nekte registrering etter dette tolkningsalternativet.

Et poeng i denne sammenheng er at det er lite kommunikasjon mellom norske og utenlandske foretaksregister.¹ Slik det fungerer i dag vil ikke norske myndigheter få informasjon om det dersom en person ilagt konkursskarantene i Norge stifter selskap i utlandet.

At det er problemer på det praktiske plan betyr ikke nødvendigvis at det ikke kan være hjemmel for å nekte registrering av NUF i utlandet, men det er et moment for vurderingen av spørsmålet om hva som er innholdet i kkl § 142 tredje ledd jfr. femte ledd.

¹ NOU 2009:4 punkt 10.4.1

Videre kan det stilles spørsmål om Norge i det hele tatt på stiftelsestidspunktet vil ha noen legitim interesse i å få stoppet dette selskapet, til tross for at tanken er å drive all virksomhet i Norge. Normalt er det utenfor norsk jurisdiksjon å oppstille noen begrensninger mot at et selskap opprettes i utlandet.

Norge har for så vidt en legitim interesse siden hovedformålet med selskapsstiftelsen er å drive næring i Norge, men det må være klart at norske myndigheter etter § 142 tredje ledd jfr. femte ledd ikke har hjemmel til å pålegge utenlandske foretaksregister å nekte personer ilagt norsk konkurskarantene å stifte et selskap. Det er jo i praksis slik det må skje, utenfor Norge har ikke det norske Foretaksregisteret noen kompetanse.

Etter en samlet vurdering taler flest momenter for at § 142 tredje ledd jfr. femte ledd ikke gir hjemmel til å nekte personer ilagt konkurskarantene å stifte selskap i utlandet, selv om de opprettes for kun å drive virksomhet i Norge.

b) Andre tolkningsalternativ

Det neste spørsmålet er om § 142 tredje ledd jfr. femte ledd hindrer at en person ilagt konkurskarantene kan stifte *en filial* av et utenlandsk selskap i Norge.

Etter ordlyden i § 142 tredje ledd kan en person i konkurskarantene ikke ”*stifte selskap som nevnt i femte ledd*” og i femte ledd er altså NUF nevnt. En ren ordlydsfortolking taler etter dette for at man kan nekte personer ilagt konkurskarantene å stifte NUF. Det interessante spørsmålet her blir da hva vil det si å *stifte* et NUF?

Det kan stilles spørsmål om det at det i det hele tatt åpnes en filial av et utenlandsk firma stiftet i utlandet av person ilagt konkurskarantene som rammes av ordlyden? Eller er det selve *stiftelsen* av et NUF?

Etter min mening taler de beste grunner for å tolke ordlyden i § 142 tredje ledd jfr. femte ledd slik at det er stiftelsen av et NUF som rammes. Stiftelsen av et NUF må falle sammen med det tidspunktet det registreres i Foretaksregisteret, det følger av fregl. § 2-1 andre ledd at et NUF må registreres for å drive næring i Norge. Reglene om hva som skal registreres om et NUF i Foretaksregisteret fremkommer av fregl. § 3-8.

I mange av de norske NUFene er det kun en person som stifter og eier det utenlandske selskapet. For denne drøftelsens vedkommende må vi tenke at denne personen er ilagt

konkurskarantene. Forutsetningen for drøftelsen er altså at denne personen eier hele det utenlandske firmaet, det ikke er noen reell drift i utlandet og det skal åpnes filial i Norge.

En filial er, som sagt, ikke et eget rettssubjekt. Gode grunner taler da for at det er eieren som ”stifter” NUFet, siden det er han som har kontroll over hovedselskapet.

Vedkommende kan kanskje få sin ektefelle eller en annen som står ham nær til å være oppført i Foretaksregisteret, men realiteten er vel at denne personen ”stifter” filialen.

Det følger av foretaksregisterloven § 3-8 nr. 2 at det skal registreres i Foretaksregisteret hvem som er ”*Hovedforetakets innehaver, fullt ansvarlige deltakere eller styre*”. I disse tilfellene er det jo bare personen ilagt konkurskarantene som er innehaver, det er videre lite sannsynlig at hovedselskapet har noe styre. Ansvarsformen er som regel begrenset, slik at ingen er fullt ansvarlige deltakere.¹ I disse tilfellene er det jo da kun innehaveren av hovedselskapet som kan registreres. Hvis denne personen er den eneste, kan det være få muligheter for at realiteten er noen annen enn at det er han som ”stifter” NUFet.

Som nevnt tidligere var ikke ”norske” NUF noe stort problem på den tiden konkursloven ble skrevet, lovgiver har ikke skrevet noe om en slik problemstilling i forarbeidene.²

Hvis man ser på formålene bak reglene om konkurskarantene kan man finne momenter som taler for at å nekte stiftelse av NUF der personen som eier det utenlandske selskapet er ilagt konkurskarantene har hjemmel i § 142 tredje ledd jfr. femte ledd. I forarbeidene ble det uttalt at hovedformålet med konkurskarantene å bekjempe konkursgjengangeri.³ Dersom dette formålet skal oppfylles bør der være slik at man kan nekte et selskap å opprette filial i Norge hvis personen som eier hovedselskapet er satt i konkurskarantene. Det følger av § 142 sjette ledd nr. 2, som omhandler vilkårene for å ilegge konkurskarantene for personer som har vært i ledelsen av et selskap som har gått konkurs, at det er realiteten som skal legges til grunn i forhold til hvilke personer som kan ilegges en konkurskarantene. Dette betyr at lovgiver var opptatt av at de reelle forholdene skulle komme fram. Bruk av

¹ NOU 2009:4 s. 307

² Se punkt 3.2.1

³ Ot.prp. nr 50 (1980-1981) s. 52

stråmenn til å stifte NUF av et selskap som eies av en person ilagt konkurskarantene er omgåelse av reglene om konkurskarantene, og selv om det ikke står noe eksplisitt i lovteksten om en slik omgåelse må det være realiteten som er det interessante.

Det kan selvsagt stilles spørsmålstegn ved om dette er en korrekt måte å tolke kkl. § 142 tredje ledd jfr. femte ledd når Foretaksregisteret i praksis registrerer flere NUF der eieren av hovedselskapet i utlandet er ilagt konkurskarantene. Til det kan det svares at selv om praksis er at det ofte ikke nektes registrering kan dette være av andre grunner enn at man ikke har en hjemmel etter § 142 tredje ledd jfr. femte ledd. Praksis skyldes kanskje at det er andre enn eieren av hovedselskapet som registreres i Foretaksregisteret, og at rutine og mulighetene for å sjekke dette ikke er gode nok. Det er fullt mulig at man ville hatt en annen praksis dersom det hadde vært mer utveksling av informasjon mellom nasjonale foretaksregistre. I tillegg kan den frie etableringsretten etter EØS-avtalen ha blitt ansett som en hindring for å nekte registrering. Dette vil bli belyst i punkt 3.4.2.

Etter en tolking av ordlyden i kkl § 142 tredje ledd jfr. femte ledd og en ellers samlet vurdering av momentene over taler de fleste momenter for at det er hjemmel for å nekte stiftelse av NUF dersom personen som eier det utenlandske firmaet er ilagt konkurskarantene.

c) Tredje tolkningsalternativ

Dersom en sak om nekting av registrering av NUF hadde kommet opp for norske domstoler ville jeg tro at kravet prinsipalt ville være som over, at § 142 tredje ledd jfr. femte ledd gir adgang til å nekte selve registreringen av NUFet (muligens også at det er adgang til nekte stiftelse i England). Subsidiært ville kravet være at personen ilagt konkurskarantene ikke kan få ”nye verv” etter § 142 tredje ledd jfr. femte ledd i NUFet, enten som daglig leder eller i styret. Dette blir den tredje måten å tolke § 142 tredje ledd jfr. femte ledd på. Problemstillingen er her om personen som eier hovedselskapet kan bli rammet av alternativet ”nye verv” i § 142 tredje ledd jfr. femte ledd?

Det følger av foretaksregisterloven § 2-1 annet ledd at NUF som driver ”næringsvirksomhet” må registreres i Foretaksregisteret. ”Næringsvirksomhet” vil si at det ”utøves en viss aktivitet av økonomisk karakter, som er av en viss varighet og et visst omfang”.¹ Av fregl. § 3-8 følger reglene for registrering av den norske filialen av det utenlandske selskapet. Det fremkommer av § 3-8 nummer 1-5 hva som skal registreres om hovedselskapet og av § 3-8 nummer 6-9 hva som skal registreres om den norske filialen. For spørsmålet om hvilken rolle personen som eier det utenlandske selskapet eventuelt får i et NUF er det fregl. § 3-8 nummer 8 som er interessant. Det fremkommer av § 3-8 nr. 8 at det som skal registreres er ”styret og daglig leder dersom det er valgt særskilt for virksomheten”.

Det kan vel anses greit i forhold til konkurskarantenen dersom andre personer enn personen ilagt konkurskarantene blir registrert i disse vervene, vel og merke hvis de reelt utøver disse stillingene.

Den interessante situasjonen er når *ingen* blir registrert i noen av disse stillingene. Eller hvis det brukes stråmenn, for eksempel slik at eieren av hovedselskapet som er ilagt norsk konkurskarantene registrerer ektefelle og mor i styret og som daglig leder. Da er vel realiteten at den som eier selskapet i utlandet, her personen i konkurskarantene, er den som reelt innehar disse stillingene også i Norge.

Det følger av en naturlig språklig forståelse av ”dersom” i fregl. § 3-8 nr.8 er at det ikke er noe krav om registrering av styre eller daglig leder for et NUF. Dette synet fremkommer også av forarbeidene til foretaksregisterloven.²

Konkursloven trådte i kraft i 1984, mens foretaksregisterloven trådte i kraft i 1985. Da det ble uttalt i forarbeidene at det var naturlig å ta med NUF på listen over selskaper i kkl § 142 femte ledd hadde lovgiver altså ingen forutsetninger for å vurdere om de passet sammen med reglene i foretaksregisterloven § 3-8 nr. 8.³

¹ Rettsdata. Foretaksregisterloven § 2-1

² Ot.prp. nr 50 (1984-1985) s. 48

³ Ot.prp. nr 39 (1982-1983) s. 8

Det kan virke som om det er et rettsspørsmål som ikke er løst i hvis man sammenholder kkl § 142 og foretaksregisterloven § 3-8 nr. 8. Det følger ikke av noen kilde hvem som må anses å ha den daglige ledelsen av et NUF hvis det ikke er registrert noe i Foretaksregisteret etter fregl. § 3-8 nr. 8.

Hvis man retter blikket mot § 142 tredje ledd jfr. femte ledd igjen følger det av denne bestemmelsen at en person ikke kan ”*reelt utøve*” noen verv i styret eller være daglig leder. Etter min mening vil en eier av et utenlandsk selskap med filial i Norge uten noen personer som sitter i styret eller er ansatt som daglig leder ”*reelt utøve*” disse stillingene. Det er jo norske NUF vi snakker om her, det er ingen reell drift i utlandet. Hvem skal ellers ta seg av driften hvis det ikke er eieren av hovedselskapet i disse tilfellene? Et norsk NUF driver ikke seg selv.

Det kan gi noe veiledning å gå tilbake å se på de reglene som gjaldt da konkursloven trådte i kraft for å finne svaret på om man skal legge til grunn at det er eieren som driver NUFet dersom det ikke er valgt noe ”*særskilt*” styre eller daglig leder etter fregl. § 3-8 nr. 8. De reglene om registrering av NUF det sannsynligvis har blitt lagt vekt på da § 142 ble skrevet fulgte av lov om aksjeselskaper av 6.juli nr.4 (heretter asl.1957)kapittel 16. Det må her bemerkes at den gjeldende aksjeselskapsloven i 1984 var Lov om aksjeselskaper av 6.april 1976 nr. 59, men denne loven opphevet ikke asl. 1957 kapittel 16 som omhandlet reglene om utenlandske foretak.

Det fulgte av asl. 1957 § 127 at før et utenlandsk aksjeselskap kunne drive en filial i Norge måtte en del opplysninger være registrert i Handelsregisteret. Handelsregisteret tilsvarte i 1984 Foretaksregisteret. Paragraf 127 i aksjeloven av 1957 henviste direkte til Handelsregisterloven.¹ Av handelsregisterloven § 16 første ledd annet punktum fulgte det at utenlandsk filial skulle anses som en ”*sælvstændig forretning*” og at den skulle meldes til registeret av dets ”*bestyrelse*”. Dette må bety at filialen måtte registreres før den kunne drive næring i Norge, på samme måte som etter foretaksregisterloven § 2-1 annet ledd nå. En filial av utenlandsk selskap måtte registrere de samme opplysningene som et aksjeselskap til Handelsregisteret, hvilke opplysninger dette var fulgte av

¹ Lov om Handelsregistre, Firma og prokura. 17.mai 1890 nr. 6

handelsregisterloven § 19.¹ Det fulgte av handelsregisterloven § 19 nr. 7 og 8 at det måtte registreres navn og en del andre opplysninger både for styremedlemmer og daglig leder. En naturlig språklig forståelse av disse kravene til registrering, er at det lå et krav om at et NUF måtte ha fysiske personer i disse stillingene.

Etter dette kan det synes å være en forskjell mellom reglene i handelsregisterloven § 19 jfr. § 16 og den nå gjeldende foretaksregisterloven § 3-8 nr. 8. I sistnevnte lov må det anses som et valg om det ønskes å opprette et særskilt styre for NUFet, mens det etter den loven som gjaldt da konkursloven trådte i kraft ble ansett som et krav.

Det neste spørsmålet er da hvilken konsekvens denne forskjellen får i forbindelse med konkurskarantene.

De reelle forhold må være utgangspunkt for vurderingen, og realiteten må være at dersom ingen særskilte er registrert i Foretaksregisteret som daglig leder eller medlem av styret og dette ikke er noe krav etter § 3-8 nr.8, må eieren av hovedselskapet også være den som innehar vervene.

I punkt 4.3.1 vil problemstillinger knyttet til den spesielle stillingen ”kontaktperson” i et NUF. Det må her nevnes at dersom det ikke registreres noen daglig leder eller styret må NUFet ha en kontaktperson.² ”Kontaktperson” er ikke en av stillingene som en person ilagt konkurskarantene ikke kan ha etter kkl. § 142 tredje ledd, men han kan ikke dekke over at han har den daglige ledelsen bare ved å stå registrert som kontaktperson. Realitet, ikke formalitet, er det sentrale ved vurderingen av hvem som driver NUFet.

Dersom det ikke registreres noe styre eller daglig leder for et NUF etter fregl. § 3-8 nr. 8 taler de beste grunner for at eieren av hovedselskapet da må anses å ha disse stillingene, i alle fall daglig leder. Dette gjelder også dersom eieren er registrert som kontaktperson.

Den siste problemstillingen i denne sammenheng er da om eieren av hovedselskapet i England må anses å få ”nye” verv etter § 142 tredje ledd i NUFet hvis ingen andre er særskilt valgt i styret eller som daglig leder i den norske filialen etter fregl. § 3-8 nr. 8.

¹ Innstilling fra Aksjelovkomiteen av 1947 (1952) s. 143

² Se punkt 4.3.1a) om hjemmel for dette kravet.

På den ene side vil det at eieren av hovedselskapet anses å ha stilling som daglig leder i et NUF ikke nødvendigvis måtte anses som *ny* stilling. Hovedselskapet er jo den juridiske enheten, dette gjør filialen bare til en del av denne. Hvis personen som styrer hovedselskapet også styrer filialen kan det være mulig å se på driften av filialen bare som en forlengelse av stillingen personen har som eier av hovedselskapet.

På den annen side skjer det en registrering av NUFet i Foretaksregisteret, det får eget organisasjonsnummer og den skal drives i et annet land enn der hovedselskapet normalt opererer. For norske NUFs vedkommende driver ikke hovedselskapet noe annet sted enn i Norge, det kan nærmest anses som registrering av et helt nytt selskap når det registreres i Foretaksregisteret. Dette taler for at personen som eier hovedselskapet i realiteten får "*nye verv*" som daglig leder i NUFet.

Videre taler rimelighetshensyn for denne løsningen. Det vil ikke virke rimelig dersom man kan omgå reglene om konkurskarantene i konkursloven § 142 tredje ledd jfr. femte ledd bare ved å unngå å registrere noen i stillingen som daglig leder eller styremedlemmer. Det samme må i teorien gjelde dersom eieren av hovedselskapet er i konkurskarantene og han registrerer stråmenn i stillingen som daglig leder eller medlemmer av styret etter fregl. § 3-8 nr.8.

Konklusjonen blir da at der eieren av hovedselskapet er ilagt konkurskarantene, og ingen er registrert som daglig leder eller i styret i foretaksregisteret, kan vedkommende anses å få "*nye verv*" som daglig leder etter kkl. § 142 tredje ledd jfr. femte ledd.

For å oppsummere kan en person ilagt konkurskarantene ut fra ordlyden i § 142 tredje ledd jfr. femte ledd både rammes av alternativet "*stifte*" NUF og "*nye verv*" i et NUF. Det finnes altså hjemmel i norsk lov for å nekte registrering av NUF der eieren av hovedselskapet i utlandet er i konkurskarantene, selv om praksis i dag er det motsatte.

d) Sanksjoner ved brudd på § 142 tredje ledd jfr. femte ledd.

Det følger av kkl. § 143 a først punktum at dersom man ikke overholder en kjennelse om konkurskarantene kan man ”*straffes med bøter eller fengsel inntil 4 måneder*”.¹

I sammenheng med NUF vil denne reglen kunne ramme den personen som oppretter firma i utlandet, og driver næring gjennom NUF i Norge med andre personer formelt registrert i de stillingene som er nevnt i § 142 tredje ledd. Eller en person som oppretter selskap i utlandet og oppretter filial her uten å registrere noen i disse stillingene, bare en kontaktperson. Da er det i realiteten personen, eventuelt personene, i England som driver NUFet, se konklusjonen i punkt 3.1.2c).

Dersom det er andre personer registrert i stillingene i § 142 tredje ledd i Foretaksregisteret, men det reelt sett er personen ilagt konkurskarantene som utfører den daglige ledelse, er hvem som kan omfattes av kkl. § 143 a et interessant spørsmål.

Det følger av § 143 a andre punktum at medvirkning til at en konkurskarantene brytes, også er straffbart.

I punkt 2.4 ble det nevnt at medvirkning etter § 143 a kan ramme personer som ansetter en person i konkurskarantene i stillinger som han ikke kan ha etter § 142 tredje ledd. Dette er gjeldende rett også for NUF.

Et spørsmål som derimot er mer interessant for NUF er om personer som lar seg registrere pro forma som daglig leder eller i styret etter fregl. § 3-8 nr. 8 kan dømmes for medvirkning etter § 143 a.

Dette spørsmålet er ikke behandlet noe sted, vurderingen av spørsmålet må derfor gjøres på grunnlag av reelle hensyn.

Et av formålene med straffebestemmelsen i kkl. § 143 a er av preventiv karakter, bestemmelsen vil være med å bidra til at en kjennelse om konkurskarantene ikke blir brutt.² At medvirkning er eksplisitt tatt med i § 143 a taler for at lovgiver har tenkt at det vil føre

¹ Se punkt 2.4

² Schonhowd (2001) s. 110

til større grad av prevensjon dersom personer som hjelper eller bidrar til at en konkurskarantene ikke blir overholdt kan bli straffet.

De personene som blir brukt som stråmenn ved registrering av NUF i Foretaksregisteret står ofte personen i konkurskarantene nær, og vil derfor normalt vite om en konkurskarantene. Det er tvilsomt at en person som ikke kjenner personen ilagt konkurskarantene vil ønske å være registrert i Foretaksregisteret som daglig leder eller medlem av styret uten reelt å utøve disse stillingene. Hvis dette skulle være tilfellet bør det samme kravet til aktsomhet som gjelder for personer som ansetter en person ilagt konkurskarantene gjelde. Det vil si at personen kan bebreides dersom han ikke undersøker Konkursregisteret, og bør kunne omfattes av alternativet om medvirkning i kkl. § 143 a. Dersom stråmenn kan dømmes for medvirkning etter kkl § 143 a annet punktum vil det kunne gi større grad av forebygging mot brudd på en konkurskarantene. En person i konkurskarantene som har stiftet et utenlandsk selskap for å opprette et NUF er avhengig av stråmenn, ellers vil han rammes direkte av ordlyden i kkl. § 142 tredje ledd jfr. femte ledd om forbudet mot å stifte NUF og å få ny stilling som daglig leder eller medlem av styret.

Etter min mening er det ingen gode, relevante grunner som taler for å unnta personer som lar seg registrere pro forma fra alternativet om ”medvirkning” i kkl. § 143 a annet punktum. Konklusjonen blir etter dette at stråmenn kan straffes etter kkl. § 143 a annet punktum.

3.2.3 EØS-loven

Vurderingen av om det kan nektes registrering av NUF der eieren av hovedforetaket er ilagt konkurskarantene etter norsk rett kan ikke stoppe etter en tolking av § 142 tredje ledd jfr. femte ledd.

1. januar 1994 trådte EØS-loven i kraft, samtidig som EØS-avtalen begynte å virke. I EØS-lovens § 2 er EØS-avtalen gitt forrang dersom det er motstrid med nasjonale regler. Det følger av fortalet til EØS-avtalen at praksisen i det indre marked skal være ”*dynamisk og ensartet*”. Forrangsprinsippet i EØS-loven § 2 har noe av sin forklaring nettopp i dette

formålet. Dersom det indre marked skal fungere best mulig, må reglene være likest mulig mellom landene, og dette oppnås best ved at nasjonale regler settes til side ved motstrid. Forrangsregelen i EØS-loven § 2 gjør det vanskelig å gi noen klar konklusjon på om norsk rett, her konkursloven, løser spørsmålet om adgangen til å registrere NUF hvis personen som eier hovedselskapet er ilagt konkurskarantene.

Hvilke forpliktelser Norge har etter EØS-avtalen må klargjøres før det kan gis et klart svar på om Foretaksregisteret kan nekte registrering av NUF der eieren av hovedselskapet er i konkurskarantene. I punkt 3.4.2 er spørsmålet om vi kan nekte slik registrering etter EØS-avtalen bli behandlet.

3.3 Centros-dommen

NUF er som nevnt ikke noe nytt fenomen. I 1999 avsa EF-domstolen en dom, Centros-dommen, som har fått stor betydning for norsk selskapsrett og forandret praksisen rundt NUF mye.

Et dansk ektepar stiftet 18.mai 1992 Centros ltd i England og Wales.

Ltd er en forkortelse for Limited, og er betegnelsen for aksjeselskaper i England. Limited betyr begrenset, og i selskapsrettslig forstand betyr det at et selskap har begrenset ansvar. I England er kravet til aksjekapital minimum 1 pund, dette tilsvarer ca. 10 kroner med dagens kronekurs. Minstekravet til aksjekapital er i Norge 100.000, jfr. asl. § 3-1 første ledd. I 1992 var det i Danmark et minstekrav på 200000 DKK i aksjekapital etter lov nr.886 av 21. desember 1991, isteden åpnet ekteparet altså et ltd med 100 pund i aksjekapital.¹

Deretter åpnet de en filial i Danmark, som de drev all virksomhet fra. Erhvervs- og selskapsbestyrelsen i Danmark nektet å føre Centros inn i Selskapsregisteret. De mente at dette var ren omgåelse av dansk selskapslovgivning og godtok ikke driften av denne filialen siden de ikke drev noen virksomhet i Storbritannia.

Saken kom opp i dansk Højesteret, som var usikre på om nektelse av registrering var i strid med EF-traktaten artikkel 52 og 58. De utsatte saken og forela spørsmål om nektelse var i strid med Danmarks forpliktelser etter traktene artikkel 52 og 58 til EF-domstolen.

Resultatet i dommen ble at Danmarks nektelse av åpningen av en filial av Centros ltd var i strid med deres forpliktelser.

EF-domstolen behandlet saken 9. mars 1999. Problemstillingen i saken var altså om art 52 og 58 var til hinder for at man kunne nekte registrering av filialer av utenlandske selskaper som kun driver virksomhet i filiallandet, og der opprettelsen av selskap i utlandet kun fremstår som motivert av lavere selskapskapital. Det var ikke omtvistet at det er fullt lovlig å opprette filialer i Danmark av selskaper som driver virksomhet i landet der det er stiftet.

¹ Sak C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og selskapsbestyrelsen premiss 7

a) Ordlyden i artikkel 52 og 58

EF-domstolen tar utgangspunkt i art 52 og 58. De går ikke inn i en ordlydsfortolkning, men slår fast at den etableringsfriheten som følger av disse bestemmelsene må gjelde selv om ekteparet er danske og de har opprettet filialen for å omgå de danske aksjekapitalreglene. Dette følger av premiss 16-22 i dommen.

EF-domstolen fremhever videre, i premiss 24-27, at det i visse tilfeller kan godkjennes at nasjonale myndigheter nekter registrering av utenlandske filialer hvis det er snakk om misbruk av etableringsfriheten. Dette var ikke tilfelle i denne saken.

Etter domstolens mening peker ordlyden i artikkel 52 og 58 mot at ekteparet hadde rett til å opprette en filial av Centros ltd i Danmark

b) Rettspraksis

Domstolen viser videre til Segers-dommen.¹ I premiss 16 i denne dommen uttalte domstolen at det ikke er nok til å påvise svik eller misbruk mot de nasjonale selskapsreglene at et firma opprettet i utlandet driver all sin virksomhet gjennom en filial. Denne rettskilden peker altså også mot å godta etableringen av filialen av Centros ltd i Danmark.

Det er vanskelig å si hvor mye vekt domstolen legger på dette punktet. Domstolen fremhever ingen dommer der noe av det motsatte har blitt sagt. Muligens fordi det ikke er avsagt noen slike dommer.

c) Reelle hensyn

I premiss 34 tar EF-domstolen for seg reelle hensyn som kan gjøre at restriksjoner mot etableringsfriheten etter artikkel 56 kan godkjennes. Det er ikke tillat med restriksjoner med mindre de oppfyller fire betingelser: restriksjonen må ikke føre til

”forskelsbehandling, de skal vaere begrundet i tvingende samfundsmessige hensyn, de skal

¹ Sak 270/83. Kommisjonen mot Frankrike. 28.1.1986

*være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formaal, de forfølger, og de maa ikke gaa ud over, hva der er noedvendigt for at oppnaa formaalet”.*¹

Domstolen konkluderer ganske raskt med at disse betingelsene ikke er oppfylt i denne saken.

Hensynet til kreditorene blir også vurdert, men domstolen slår fast at det kan brukes andre virkemidler enn å nekte opprettelse av filial av et selskap for å beskytte kreditorene. I premiss 37 viser de som eksempel at offentlig kreditorer kunne krevd sikring, dette ville beskyttet hensynet til kreditorene godt nok.

d) Centros-dommens betydning for Norge

Norge er ikke medlem av EU, men vi er en integrert del av det indre marked gjennom EØS-avtalen.

Det følger av fjerde ledd i fortalet til EØS-avtalen at praksisen i EØS skal være ”*dynamisk og ensartet*”. ODA art. 3 nr. 2 gir uttrykk for at EFTA-domstolen, domstolene for EØS-landene, må ”*ta tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet etter undertegnelsen av EØS-avtalen*”. Det er bare de avgjørelser som angår det frie marked som er relevante for EØS-landene. Centros-dommen, som omhandler den frie etableringsrett, er uten tvil relevant for det frie marked. Prinsippet om at det kan opprettes filialer av utenlandske selskaper som ikke driver noe reell virksomhet i utlandet er også oppfatningen i praksis.

¹ Sak C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og selskapsbestyrelsen premiss 34

3.4 Internasjonal rett

Media har fokusert mye på saker om NUF der personen bak det utenlandske firmaet er ilagt konkurskarantene i Norge.¹ I den videre drøftelsen vil jeg ha som utgangspunkt at man har hjemmel i norsk rett etter kkl. § 142 tredje ledd jfr. femte ledd til å nekte registrering av NUF der eieren av hovedselskapet er i konkurskarantene.²

I de følgende punktene vil engelsk selskapslovgivning, EØS-rett og spørsmålet om Norge har noen andre folkerettslige forpliktelser til å godta registrering av NUF med eier i konkurskarantene bli behandlet.

3.4.1 CA 2006 sections 1184 og 1185

Et alternativ til å nekte registrering av NUF stiftet av personer ilagt konkurskarantene er at de ikke får opprette selskaper i England i det hele tatt. Det er England som er det vanligste landet hovedselskaper opprettes innenfor EU, og derfor vil bare Englands lovregler på området bli behandlet.³

Norges bestemmelser om konkurskarantene gjelder som sagt bare i Norge.

Spørsmålet blir her om England har regler som kan gjøre at en norsk konkurskarantene får rettsvirkninger i England.

I England foregår det nå et skifte av aksjeselskapslovgivningen. Companies Act 2006 (heretter CA 2006) blir implementert i puljer, fra oktober i år vil dette være den gjeldende aksjeselskapsloven i England.⁴ Nå er det Companies Act 1985 (heretter CA 1985) og Companies Act 1989 (heretter CA 1989) som er de gjeldende aksjeselskapslovene. I CA 1985 og CA 1989 finnes det ingen regler som gir engelske myndigheter kompetanse til å nekte personer ilagt konkurskarantene eller lignende sivilrettslige reaksjoner fra andre land å stifte selskap i England.

¹ Johnsen, Lena (2007) s. 23

² Se punkt 3.2.2

³ NOU 2009:4 pkt. 3.5.5

⁴ Oversikt fra Companies House <http://www.companieshouse.gov.uk/companiesact/companiesact.shtml>

I CA 2006 section 1184 og 1185 finnes det derimot regler som kan gjøre at en norsk konkurskarantene kan få rettsvirkninger i England.

De grunnleggende reglene følger av CA 2006 section 1184, section 1185 er bare utfyllende regler til section 1184.¹ For å svare på denne drøftelsens problemstilling tar jeg bare utgangspunkt i section 1184.

Ordlyden i section 1184 lyder:

1184 Disqualification of persons subject to foreign restrictions

(1) The Secretary of State may make provision by regulations disqualifying a person subject to foreign restrictions from—

(a) being a director of a UK company,

(b) acting as receiver of a UK company's property, or

(c) in any way, whether directly or indirectly, being concerned or taking part in the promotion, formation or management of a UK company.

(2) The regulations may provide that a person subject to foreign restrictions—

(a) is disqualified automatically by virtue of the regulations, or

Companies Act 2006 (c. 46)

Part 40 — Company directors: foreign disqualification etc

567

(b) may be disqualified by order of the court on the application of the Secretary of State.

(3) The regulations may provide that the Secretary of State may accept an undertaking (a “disqualification undertaking”) from a person subject to foreign restrictions that he will not do anything which would be in breach of a disqualification under subsection (1).

(4) In this Part—

(a) a “person disqualified under this Part” is a person—

(i) disqualified as mentioned in subsection (2)(a) or (b), or

(ii) who has given and is subject to a disqualification undertaking;

¹ overskriften til CA 2006 section 1185 er “Disqualification regulations: supplementary”

(b) references to a breach of a disqualification include a breach of a disqualification undertaking.

(5) The regulations may provide for applications to the court by persons disqualified under this Part for permission to act in a way which would otherwise be in breach of the disqualification.

(6) The regulations must provide that a person ceases to be disqualified under this Part on his ceasing to be subject to foreign restrictions.

(7) Regulations under this section are subject to affirmative resolution procedure.

I forhold til NUF og konkurskarantene er section 1184 (1) litra c den mest interessante. For å kunne drive næring gjennom et NUF i Norge må det jo stiftes et selskap i utlandet. Etter section 1184 (1) litra c blir det adgang til å nekte personer ilagt ”*foreign restrictions*” å direkte eller indirekte ”*being concerned or taking part in the promotion, formation or management of a UK company*”. Det er naturlig å anta at en konkurskarantene er en ”*foreign restriction*” etter section 1184. Med en slik forståelse åpner altså bestemmelsen for å kunne nekte person ilagt en konkurskarantene i Norge å stifte et selskap i England.

Det følger direkte av ordlyden i 1184 (1) at regelen er fakultativ: ”*The Secretary of State may..*”. Det er altså opp til ”*the Secretary of State*” å avgjøre om det skal nektes at en person ilagt konkurskarantene i Norge å stifte selskap i England.

Pr. i dag er det så og si ingen kommunikasjon mellom Engelske foretaksregister og det norske, for at section 1184 og 1185 skal forhindre at norske personer ilagt konkurskarantene stifter selskaper i England må dette endres. I praksis kommer det opp en sperre i det norske Foretaksregisteret når en person i konkurskarantene forsøker å registrere et selskap, eller skal registreres i andre stillinger han ikke kan inneha etter kkl. § 142 tredje ledd. Dersom det kunne komme inn et varsel i det Engelske Foretaksregisteret ville dette kunne gjøre det enklere å praktisere section 1184 i forhold til norske statsborgere.

I England er stiftelsesteorien den gjeldende lovvalgsteorien for selskaper, det vil si at alle selskaper som er stiftet etter engelsk rett har engelsk selskapsstatutt. Seteteorien er motsetningen, her brukes det lands lov der hovedsete til selskapet ligger.¹ Innenfor EØS-området har EF-domstolen avsagt dommer der seteteorien har måtte vike for stiftelsesteorien, stiftelsesteorien er i overensstemmelse med den frie retten til etablering.² Man kan spekulere i om England har ansett det positivt at flest mulig selskaper har engelsk selskapsstatutt, blant annet siden det ikke i CA 1985 og CA 1989 finnes noen liknende regler som section 1184 og 1185 i CA 2006. Flest mulig selskaper opprettet etter engelsk lov gir, satt på spissen, nærmest engelsk imperialisme i selskapsretten. Med dette i bakhodet er det lett å være skeptisk til hvor store konsekvenser de nye reglene vil få.

Konklusjonen er at det er i section 1184 er *åpnet* for at personer ilagt konkurskarantene kan nektes å stifte ltd. i England, men hvordan de vil praktiseres er usikkert.

¹ Andenæs (2006) s. 694

² Andenæs (2006) s. 694

3.4.2 Etableringsfriheten og forbudet mot diskriminering

Det er våre forpliktelser etter EØS-avtalen som vanskeliggjør spørsmålet om nekting av registrering av NUF der hovedselskapet er stiftet av en person idømt konkurskarantene.¹

Av EØS-avtalen artikkel 31 følger det at ikke skal være noen ”*restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater*”. Det følger av artikkel 31 første ledd annet punktum at dette også gjelder adgangen til å opprette filialer. Med andre ord åpner EØS-avtalen for at alle borgere innenfor EØS-området skal kunne bestemme selv i hvilket land, det med mest gunstig selskapslovgivning, de ønsker å stifte selskap i. Det gjelder uavhengig av hvor hoveddriften skal ligge, dette følger av Centros-dommen.

Dette må være ment å gjelde selv om det er norske myndigheters adgang til å nekte egne statsborgere å opprette filial det er snakk om. Det er uansett et forbud om restriksjoner mot den frie etableringsretten.

I punkt 3.2.2 ble konklusjonen at det etter norsk lov er en adgang til å nekte stiftelse av NUF der hovedpersonen er ilagt konkurskarantene. Den drøftelsen som følger må leses med den konklusjonen som forutsetning. Etter norsk lov er det altså adgang til å nekte stiftelse av norske NUF der eieren av hovedselskapet er ilagt konkurskarantene med hjemmel i kkl. § 142 tredje ledd jfr. femte ledd. Mens den frie etableringsretten som følger av EØS-avtalen art. 31 og Centros-dommen setter svært strenge grenser for hvilke restriksjoner nasjonale myndigheter kan sette mot den frie retten til etablering.

Hovedproblemstillingen er om adgangen til å nekte registrering av NUF etter kkl. § 142 tredje ledd jfr. femte ledd er i strid med våre forpliktelser etter EØS-avtalen?

I Centros-dommen mente danske myndigheter at ekteparet hadde omgått danske selskapsregler ved å stifte selskap i England med lav aksjekapital for så å opprette en filial i

¹ Se punkt 3.2.3

Danmark.¹ EF-domstolen mente at dette var i overensstemmelse med den frie retten til etablering.

Domstolen har åpnet for at det kan settes restriksjoner dersom personer på en svikaktig måte omgår nasjonale regler med hevnvisning til etableringsfriheten. Slikt misbruk kan det slås ned på.²

EF-domstolen nevnte fire punkter som kan legitimere at nasjonale myndigheter setter restriksjoner mot etableringsfriheten etter EF-traktaten:

- Restriksjonene må ikke føre til forskjellsbehandling.
- Restriksjonen må være begrunnet i tvingende samfunnsmessige hensyn.
- Restriksjonen må være egnet til å sikre virkeliggjørelsen av det formål de er begrunnet i.
- Restriksjonen må ikke være mer omfangsrike enn hva som er nødvendig for å oppnå det formålet som er ønsket. Altså et krav om forholdsmessighet.³

En nektelse av å åpne en filial av et selskap stiftet av person ilagt konkursskiltene må oppfylle disse betingelsene, ellers er det ikke en legitim restriksjon mot etableringsfriheten. Dette må altså vurderes opp mot adgangen til å nekte registrering etter kkl. § 142 tredje ledd jfr. femte ledd. Betingelsene er kumulative.

Som nevnt over følger det av Centros-dommen og annen rettspraksis fra EF-domstolen at det også kan være snakk om å slå ned på misbruk av etableringsretten. Om det ligger noe annet i dette enn hva som følger av de kumulative vilkårene over vil være vanskelig å si.⁴ Det kan kanskje være et moment i en større vurdering der de fire vilkårene over også inngår.

¹ Se punkt 3.3

² Johnsen, Lena (2007) s. 23

³ Min oversettelse av de fire vilkårene fra premiss 34 i Sak C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og selskapsbestyrelsen

⁴ EØS-rett (2004) s. 415

Formålet med konkurskarantene ble behandlet i punkt 2.1. Her er det viktig å løfte blikket litt, og både se på disse formålene og hvilke hensyn som ligger bak reglene om etableringsfrihet og forbudet mot diskriminering.

Formålet med reglene om etableringsfrihet er å sørge for at ”*selvstendig næringsdrivende og juridiske personer*” kan etablere og drive virksomhet i alle EØS-statene.¹ Altså å gjøre det indre marked mer velfungerende. Formålet er at ulike nasjonale regler ikke skal hindre retten til fri etablering, og videre at det indre marked skal fungere best mulig. At det er like regler for alle selskaper uavhengig av nasjonalitet er nærmest en forutsetning for at det indre marked skal fungere optimalt.

I vurderingen under vil de ulike vilkårene for å kunne sette en restriksjon bli vurdert i forhold til konkurskarantene. Utgangspunktet i praksis er at norske myndigheter ikke nekter registrering, denne praksis kan anses som et argument for at registrering er greit. På den annen side viser drøftelse i punkt 3.2.2 at det finnes hjemmel for å nekte registrering etter norsk rett i mange tilfeller.

a) Restriksjonen må ikke føre til forskjellsbehandling

Forbudet mot forskjellsbehandling, ”*ikke-diskrimineringsprinsippet*”, gjelder for alle de fire friheter.²

I EØS-avtalens art. 4 står det at ”*enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet skal være forbudt innenfor denne avtalens virkeområde*”.

Det er naturlig å regne med at det er en slik form for forskjellsbehandling EF-domstolen refererer til i Centros-dommen.

Spørsmålet blir da om det å nekte registrering av NUF der hovedselskapet er stiftet av en person ilagt konkurskarantene vil føre til forskjellsbehandling.

I forhold til konkurskarantene er det ikke lov å stifte aksjeselskap når man er ilagt konkurskarantene, dette er det mest aktuelle alternativet til NUF. Dersom man skal nekte

¹ EØS-rett (2004) s. 377

² EØS-rett (2004) s. 263

stiftelse av NUF av personer ilagt konkurskarantene vil disse reglene gjelde uavhengig av hvilket EØS-land hovedselskapet er opprettet i. Målet for norske myndigheter er at karantenereglene skal virke etter sin hensikt, og ikke uthules. Det er ikke noe ønske om å diskriminere for eksempel NUF der hovedselskapet ligger i England.

Dersom man hadde godkjent NUF opprettet i Sverige fordi kravet til aksjekapital er mer lik reglene i Norge enn i England ville dette vært forskjellsbehandling. Her er det ikke slik diskriminering.

Når det er snakk om forskjellsbehandling er det ofte favorisering av nasjonale selskaper som er problemet. Problemet med konkurskarantene er nærmest motsatt, personer ilagt konkurskarantene kan ikke stifte selskaper nasjonalt, men i praksis stifte utenlandske selskap med filial i Norge.

Slik situasjonen er i dag virker det som en fordel å starte selskapet i utlandet.

Satt på spissen kan dette nærmest oppfattes som om norske selskaper blir diskriminert av norske regler.

Det meste peker i retning av at å nekte registrering ikke vil føre til slik forskjellsbehandling som ikke er godtatt i det indre marked.

b) Restriksjonen må være begrunnet i tvingende samfunnsmessige hensyn og egnet til å virkeliggjøre formålet med restriksjonen

Disse to vilkårene er det hensiktsmessig å behandle i samme punkt, fordi spørsmålet om egnet er en naturlig forlengelse dersom hensynet er relevant.

Tvingende samfunnsmessige hensyn er et skjønnsmessig uttrykk. En naturlig språklig forståelse av dette uttrykket er at hensynet må være relevant, det må altså ikke være utenforliggende. Videre er et krav om *tvingende* samfunnsmessige hensyn et strengere krav enn bare et samfunnsmessig hensyn. Terskelen for hva som er relevant må etter dette være ganske høy.

Spørsmålet blir da om hovedformålet med konkurskarantene, å forhindre konkursgjengangeri, er et relevant hensyn?

I Centros-dommen var hensynet bak den restriksjonen danske myndigheter ville bruke å beskytte kreditorene. Domstolen uttaler i premiss 35 at å nekte registrering av filialen fordi den ikke oppfyller de kravene til aksjekapital som stilles etter danske lov ikke er det eneste egnede reaksjonen for å ivareta hensynet til kreditorene. Det finnes andre mindre inngripende foranstaltninger som ville sikre dette hensynet like godt.¹ At domstolen i det hele tatt behandlet kreditor-hensynet kan tale for at det var et relevant hensyn.

Det er som nevnt i punkt 2.1 også andre formål med konkurskarantene enn å stoppe konkursgjengangere. Noen av disse, for eksempel å skjerpe aktsomhetsplikten til daglige ledere og styremedlemmer, kan sannsynligvis bli ivaretatt med andre tiltak enn helt å nekte registrering av NUF der eieren av hovedselskapet er ilagt konkurskarantene.²

Likevel taler gode grunner for å legge vekt på hovedformålet, å stoppe konkursgjengangere. Norges lovgivere mener at det å sette personer i konkurskarantene som har foretatt straffbare handlinger i forbindelse med drift eller konkurs i et selskap eller må anses usikkert til å drive nytt selskap på grunn av ”uforsvarlig forretningsdrift”, jfr. kkl. § 142, kan være en effektiv måte å hindre konkursgjengangeri. Med andre ord bør dette anses som et relevant hensyn. Det er begrunnet i tvingende samfunnsmessige hensyn.

Det neste spørsmålet blir da om å nekte registrering av NUF der stifteren av hovedselskapet er ilagt konkurskarantene er egnet til å stoppe konkursgjengangeri.

NUF er den eneste selskapsformen med begrenset ansvar det i praksis ikke nektes at en person ilagt konkurskarantene har en sentral rolle i dag, de andre selskapsformene er uten tvil lovregulert i kkl. § 142. Å nekte slik registrering av NUF er etter dette egnet til å virkeliggjøre formålet med konkurskarantene, da blir det ingen gjenstående selskapsformer med begrenset ansvar som en person med konkurskarantene kan være med på driften av.

¹ Sak C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og selskapsbestyrelsen premiss 34-38.

² Innst.O. nr 56 (1983-1984) s. 10

c) Restriksjonen må være forholdsmessig

Hittil har jeg kommet til at et forbud mot registrering av NUF stiftet av personer idømt konkurskarantene er egnet til å ivareta hensynene bak karantenereglene.

Spørsmålet blir under dette punktet om det finnes noen mindre inngripende måte å beskytte disse hensynene på, enn å nekte registrering i Foretaksregisteret.

Det var særlig dette vilkåret danske myndigheters nektelse av registrering ikke oppfylte, slik at det kunne vært en godkjent restriksjon i Centros-dommen.

En konkurskarantene skal sørge for at personer ikke stifter nye aksjeselskaper eller andre sammenslutninger som nevnt i § 142 femte ledd. Personene kan heller ikke få nye stillinger som daglig leder eller få nye verv i et styre.

Her blir det stiftelse som er det interessante. Det er lovfestet at en person ilagt konkurskarantene ikke kan ha de over nevnte stillinger i et NUF, se § 142 femte ledd.

Spørsmålet blir om det finnes tiltak som er mindre inngripende, som allikevel sørger for at en person satt i konkurskarantene ikke får drive selskap i Norge.

Det er vanskelig å finne andre løsninger som ikke uthuler formålet med konkurskarantene. I punkt 3.4.1 ble spørsmål rundt Englands nye aksjeselskapslov drøftet. Dette kan sannsynligvis ikke anses som mindre inngripende, spørsmålet her er om selskapet kan nektes etablert i England. Dersom det er tilfelle blir det jo ikke snakk om noen filial i Norge. På den annen side er ikke dette spørsmål om en restriksjon Norge setter, så i forbindelse med spørsmålet om *Norge* kan oppnå det samme med mindre inngripende tiltak er ikke dette helt relevant.

Dersom det var mulig å merke NUFet i Foretaksregisteret med at stifteren av hovedselskapet er satt i konkurskarantene kunne dette kanskje føre til at flere kreditorer ble klar over forholdet og muligens være enda mer restriktive med kreditt.

Dette kan jo i praksis kanskje være like problematisk for filialen, siden det er vanskelig å drive en filial uten lånt kapital.

Spørsmålet er om dette allikevel er tilfredsstillende nok. Det kan tenkes tilfeller der kreditorene allikevel ville gitt kreditt, slik at drift var mulig. Det er vel også lite sannsynlig at alle kreditorer vil sjekke Foretaksregisteret. Videre vil flere av kreditorenes fordringer bygge på andre grunnlag enn avtale, for eksempel erstatning og skattekrav. Med andre ord ville ikke formålene blitt ivaretatt på en tilfredsstillende måte.

Så vidt jeg kan se finnes det ingen andre virkemidler som er like effektive. Selv om det ikke er et strafferettslig motiv bak reglene om konkurskarantene, er det uten tvil ment å være en sanksjon som skal merkes av personen som blir ilagt karantenen. Derfor er det ikke tilfredsstillende nok at beslutningen overlates til kreditorene.

Det er ikke bare forholdsmessigheten mellom formålet bak regelen som skal beskyttes og foranstaltningen som må tas i betraktning når man skal vurderer om man kan gjøre et unntak fra den frie etableringsretten. Det er også et krav om at det må være et proporsjonalt forhold mellom den nasjonale regelen og det inngrepet som gjøres i den frie bevegelse.¹ Her er det relevant å se på hvor stort inngrepet er i retten til fri etablering.²

Inngrepet i dette tilfellet vil for det første gjelde likt uansett hvilket EU land hovedselskapet ligger i. Det er ikke snakk om forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet. Videre er det kun adgangen til å nekte registrering dersom stifteren av hovedselskapet er satt i konkurskarantene det er snakk om.

Det ble registrert 3309 NUF i Norge i 2008, 31.12.08 var det registrert 531 Personer i konkurskarantene i Norge.³ Dette vil si at det er en svært liten del av NUFene som vil bli påvirket dersom det settes et forbud der stifteren av hovedselskapet er satt i karantene.

¹ EØS-rett (2003) s. 413

² EØS-rett (2003) s. 413

³ Statistisk sentralbyrå. <http://www.ssb.no/emner/10/01/foretak/tab-2009-02-27-04.html>

De fleste av NUFene er ikke stiftet av personer ilagt konkurskarantene. Videre er en konkurskarantene tidsbegrenset, en person står fritt til å registrere et NUF etter at karantenetiden er over.

Disse momentene taler for at nektelse av registrering av NUF der hovedselskapet er stiftet av en person idømt konkurskarantene er proporsjonalt i forhold til det inngrepet som gjøres i retten til fri etablering.

d) Misbruk av retten til fri etablering

Som tidligere nevnt ble det i Centros-dommen uttalt at det er mulig å sette restriksjoner mot misbruk av den frie etableringsretten. Jeg nevnte også at det var usikkert om en slik vurdering vil være en annen enn vurderingen av de fire vilkårene for restriksjoner som domstolen skisserte.

Uansett kan det være et spørsmål å stille avslutningsvis.

Er det misbruk av reglene om etableringsfrihet når man omgår konkurskarantenen ved å stifte et selskap i et annet land og åpne en filial i Norge?

I Centros-dommen svarte domstolen nei på spørsmålet om omgåelse av reglene om danske aksjekapital var misbruk av etableringsfriheten.

En omgåelse av en sivilrettslig sanksjon, som konkurskarantene, er noe helt annet enn en omgåelse av et krav om verdien av aksjekapitalen. Det var ingen danske regler som nektet det danske ekteparet å starte et selskap, bortsett fra at de måtte investere mer penger. Ved en konkurskarantene har faktisk ikke personer lov til å starte aksjeselskaper eller andre sammenslutninger med begrenset ansvar. Dette gjør sakene ganske forskjellige.

Sammenholdt med vurderingen av vilkårene for å sette restriksjoner mener jeg at å omgå en sivilrettslig reaksjon ilagt nasjonalt med ”hjemmel” i den frie etableringsretten viser tegn på misbruk av denne retten.

Etter en gjennomgang av de fire vilkårene og spørsmålet om misbruk av den frie etableringsretten mener jeg at gode grunner taler for at Norge kan nekte registrering av norske NUF der hovedselskapet er stiftet av person idømt konkurskarantene.

Det er vanskelig å si om EF-domstolen følger seg bundet av sin egen praksis, og dermed ville brukt disse momentene dersom de skulle avsi en dom om nekting av registrering av NUF grunnet konkurskarantene. I praksis legger de ofte vekt på tidligere dommer, i Centros-dommen henviser de blant annet til en tidligere avsagt dom.¹

Jeg har på bakgrunn av EF-domstolens bruk av tidligere rettspraksis brukt tolkningsmomenter hentet fra Centros-dommen som har en del likhetstrekk med en eventuell nektelse av registrering pga. konkurskarantene.

Det har aldri skjedd at Norge har nektet registrering, og det blir spennende å se den fremtidige utviklingen på dette området.

¹ EØS-rett (2004) s. 52

3.4.3 Forskjeller i og utenfor EØS-land

I praksis er det ikke slik at hovedselskapet til alle NUF er registrert i England eller et annet EU-land. Derimot er det mange NUF med registrert hovedselskap på Seychellene og andre land, som ligger utenfor EØS-området.

Norsk rett gjelder med de restriksjoner som følger av folkeretten. Det første spørsmålet her er om Norge har noen folkerettslige forpliktelser utenfor EØS-området som gjør at de ikke kan nekte stiftelser av NUF der hovedpersonen er ilagt konkurskarantene.

Det følger av konkursloven § 161 at Norge kan inngå avtaler om gjeldsforhandlinger og konkurs med andre stater. Den eneste konvensjonen som er inngått med andre land om konkurs og gjeldsforhandling er den nordiske konkurskonvensjonen av 7. november 1933. Alle de nordiske landene er med i EØS-området, så denne konvensjonen sier ingenting om våre folkerettslige forpliktelser utenfor EØS. Det finnes heller ingen andre konvensjoner eller traktater som Norge er bundet av som kan ha noe betydning for adgangen til å sette restriksjoner i forbindelse med konkurskarantene og NUF. Skatteunndragelsesutvalget uttaler i NOU 2009:4 at *”utenfor EØS-området, kan i midlertidig Norge fritt fastsette begrensninger i registreringsretten”*.¹

Konklusjonen på det første spørsmålet blir da at Norge ikke har noen folkerettslige forpliktelser som hindrer Foretaksregisteret å nekte registrering av NUF der eieren av hovedselskapet er ilagt konkurskarantene.

Før neste problemstilling behandles er det naturlig å bemerke at adgangen til å nekte registrering av NUF utenfor EØS ikke bare er knyttet til konkurskarantene. Siden Norge ikke har noen folkerettslig forpliktelse til å måtte registrere NUF utenfor EØS, kan norske myndigheter i utgangspunktet sette samme vilkår for å få registrere filialer av utenlandske selskaper i Norge som for å stifte et nytt selskap i Norge. For ikke å gå utenfor avhandlingens problemstilling holdes fokuset på NUF og konkurskarantene, men det er flere andre problemer som ofte er tilknyttet NUF. Blant annet skatteunndragelse og andre

¹ NOU 2009:4 s. 310

former for økonomiske forbrytelser. 24.februar la skatteunndragelsesutvalget frem en anbefaling om å forby NUF utenfor EØS til regjeringen.¹

En slik anbefaling må kunne anses som et ganske sikkert tegn på at det ikke er noen rettslige hindringer for å stille strenge krav til NUF der hovedselskapet ligger utenfor EØS.

Det neste spørsmålet som er naturlig å stille seg er da hvorfor Foretaksregisteret ikke i praksis nekter registrering av NUF der eieren av hovedselskapet utenfor EØS er ilagt konkurskarantene.

Her er det jo faktisk gode muligheter til å begrense uthulingen av hovedformålet med konkurskarantene, å stoppe konkursgjengangeri.

En begrunnelse kan være at det har blitt ansett som enklere å behandle alle NUF likt, og siden forpliktelsene våre etter EØS-avtalen gjør at vi må godta norske NUF. Dette gjelder med unntak av norske NUF der eieren av hovedselskapet er i konkurskarantene.²

Som det så vidt ble nevnt i punkt 3.4.1 har EF-domstolen i noen kritiserte dommer uttalt at stiftelsesteorien er den eneste godkjente lovvalgsteorien i det frie marked.

Et poeng i denne sammenheng er at den tradisjonelle lovvalgsteorien etter norsk selskapsrett er seteteorien, altså den omvendte av stiftelsesteorien som er den vi må forholde oss til innefor det frie marked.³ Det er ingen grunn til at vi utenfor det frie marked må bruke stiftelsesteorien. Utenfor EØS-området må det være helt legitimt at Norge bruker seteteorien for å avgjøre hvilket lands rett som skal anvendes for et NUF, vi har jo ingen folkerettslige forpliktelser som pålegger oss noe annet her. Seteteorien går ut på at det lands lover der "*selskapets forvaltning faktisk har sete*" skal være det avgjørende for hvilket lands lover som skal benyttes.⁴ Et norsk NUF der hovedselskapet er opprettet på for eksempel Seychellene, men driver all virksomhet i Norge har sin reelle forvaltning i Norge. Med seteteorien som tilknytningsteori vil det si at det er den norske lovgivningen som gjelder. Det bør med andre ord kunne stilles samme krav til et NUF utenfor EØS-område

¹ NOU 2009:4 s. 314

² Se punkt 3.4.1

³ Se punkt 3.4.1

⁴ Andenæs (2006) s. 695

som det kan stilles til norske selskap. Det som er av interesse for denne avhandlingen er at etter norske regler i § 142 tredje ledd jfr. femte ledd er det sikker rett at en person ikke kan stifte et aksjeselskap når han er idømt konkurskarantene. Siden man etter seteteorien kan stille de samme kravene til et NUF som man krever av et annet selskap med begrenset ansvar må man da kunne nekte registrering av et NUF dersom hovedpersonen er ilagt konkurskarantene. Etter konklusjonen i punkt 3.2.2, at det finnes hjemmel for å nekte et selskap der eieren av hovedselskapet er ilagt konkurskarantene kan operette NUF, gir dette samme resultat. Å argumentere for at man kan nekte registrering av NUF der eieren av hovedselskapet er i konkurskarantene på bakgrunn av at man kan stille samme krav til et NUF som et AS er bare en annen måte å komme frem til samme svar.

Det er vanskelig å gi noe klart svar på hvorfor det ikke innføres strengere regler for registrering av NUF i praksis, noen klar konklusjon er derfor ikke mulig. Med tanke på at skatteunndragelsesutvalget har satt fokus på muligheten til å nekte NUF der hovedselskapet er etablert utenfor EØS, eller i alle fall stille like strenge krav til NUFet som vanlig norske selskaper, så er det naturlig å tro at diskusjonen i forbindelse med konkurskarantene også snart kan komme på dagsorden.¹ Frem til det er kan det bare konstateres at praksis er mer liberal enn den i teorien behøver å være.

3.4.4 Oppsummering

Punktene over viser etter min mening at det bør være mulighet for norske myndigheter å nekte registrering av NUF der hovedselskapet er stiftet av personer ilagt konkurskarantene også etter internasjonal rett. Dette gjelder både der hovedselskapet er stiftet innenfor EØS-området og utenfor. I tillegg kan den nye engelske aksjelovgivningen gi konkurskarantene ilagt i Norge rettsvirkninger også i England.

Det har de siste årene vært et økende antall konkursåpninger i NUF. NOU 2009:4 omhandler problemer i forhold til skatteunndragelse i NUF, det er at av flere eksempler på at spørsmål rundt NUF er på dagsorden på lovgivernivå.

¹ I NOU 2009:4

Jeg har brukt de rettskilder som er tilgjengelig per dags dato. Reelle hensyn og prinsipper oppstilt av EF-domstolen og noen få artikler er for øyeblikket de eneste. Det blir interessant å se hva domstolene etter hvert sier om saken. Etter min mening er det meget sannsynlig at spørsmål etter hvert vil komme på spissen og må bli prøvet rettslig.

4 Vilkårene for ileggelse av konkursskarantene ved konkursbehandling av NUF

4.1 Innledende bemerkninger.

Hvilket land som har konkursjurisdiksjon er et av de vanskeligste spørsmålene forbundet med selskaper med grenseoverskridende aktivitet i konkursretten.¹ At Norge har konkursjurisdiksjon er et vilkår for ileggelse av konkursskarantene etter kkl. § 142. Et NUF er ikke et selvstendig rettssubjekt, og det kan derfor ikke tas under konkursbehandling alene. For NUF er utgangspunktet at konkurs skal åpnes i hovedselskapets hjemland, hovedselskapet er den juridiske enheten. Tradisjonelle NUF driver virksomhet både i hovedselskapets hjemland og i Norge, det betyr at norske domstoler ikke har konkursjurisdiksjon. For ”norske” NUF er situasjonen en annen, her drives all næringsvirksomhet gjennom filialen. I forhold til ”norske” NUF er det derfor spørsmål om man kan åpne konkurs i det utenlandske hovedselskapet i Norge, dette er som nevnt en forutsetning for ileggelse av konkursskarantene etter kkl. § 142.

4.2 Tingrettens stedlige kompetanse

Konkursloven § 146 angir tingrettens stedlige kompetanse. For virksomheter registrert i Foretaksregisteret fremkommer det av § 146 første ledd første punktum at konkursbehandling skal skje under tingretten ”i den rettskrets hvor skyldneren har sitt hovedforretningssted”. Dette er det aktuelle alternativet for NUF, siden de skal registreres i Foretaksregisteret, jfr. foretaksregisterloven § 2-1 (2).

¹ Johnsen, Lena (2007) NTS 2007:4 s. 52

For å avgjøre hvor en virksomhet har sitt verneting må det altså avklares hva som ligger i begrepet ”*hovedforretningssted*”. Normalt vil hvor hovedforretningsstedet er fremkomme av Foretaksregisteret. I noen tilfeller er det allikevel slik at det er registrert et annet forretningssted enn det som er det reelle. I forarbeidene til konkursloven uttales det at ”*hovedforretningssted*” er der virksomheten ”*faktisk drives*”.¹ Høyesterett la dette til grunn i en kjennelse inntatt i Rt. 1993 s.218.

Det er altså tingretten i den rettskrets der det *reelle* hovedforretningsstedet ligger som er den kompetente.

Det følger av forarbeidene til konkursloven at prinsippet om hovedforretningssted også gjelder i forhold til tingrettens internasjonale kompetanse, særlig der skyldneren driver virksomhet i flere land.²

4.2.1 Åpning av konkurs i Norge

Det er et vilkår for ileggelse av konkursskarantene etter kkl. § 142 sjette ledd nr. 2 at konkurs er åpnet i Norge. Dette følger av en naturlig tolkning av § 142 først ledd, ”*tatt under konkursåpning*”.

Problemstillingen blir da om det kan åpnes konkurs i hovedforetaket til et NUF i Norge.

For at det skal kunne åpnes konkurs i Norge må tingretten ha konkursjurisdiksjon, ”*hovedforretningsstedet*” etter § 146 første ledd må ligge i Norge.

Tradisjonelle NUF driver reell virksomhet gjennom hovedselskapet i stiftelseslandet, det kan derfor vanskelig argumenteres for at ”*hovedforretningsstedet*” ligger i Norge.

I norske NUF derimot drives all virksomhet gjennom filialen i Norge. Selskapet i utlandet er ofte bare et ”postboksselskap”, ”dvs. *et kunstig arrangement som skal sikre at foretaket kan stiftes og registreres i vedkommende stat, for slik å bli underlagt vedkommende stats*

¹ Ot.prp. nr 50 (1980-1981) punkt 5.3

² NOU 1972: 20 s. 228

selskapslovgivning”.¹ At det ikke drives virksomhet noe annet sted taler for at ”*hovedforretningsstedet*” til norske NUF ligger i Norge.

Som nevnt over ble det uttalt i forarbeidene til konkursloven at § 146 også gjelder i forhold til tingrettens internasjonale kompetanse.² Dette taler for at norske tingretter har konkursjurisdiksjon dersom ”*hovedforretningsstedet*” til et norsk NUF ligger i Norge. Høyesterett har ikke vurdert spørsmålet om verneting i forhold til NUF, men det har vært flere saker oppe i underinstansene. I en kjennelse av Borgarting lagmannsrett, LB-2007-107531, uttalte retten at ”*Lagmannsretten legger til grunn at konkursloven § 146 også er avgjørende for norske tingretters internasjonale kompetanse i saker om konkursåpning hvor det selskapet som begjæres konkurs, er involvert i virksomhet i flere stater*”.

En naturlig tolkning av ordlyden, forarbeidene og en rekke underrettsavgjørelser taler for at utenlandske hovedselskaper kan tas under konkursbehandling i Norge dersom all drift har skjedd gjennom et ”norsk” NUF, da ligger ”*hovedforretningsstedet*” etter kkl. § 146 i Norge.

En konkursåpning i et NUF skaper noen praktiske problemer. Når et norsk selskap har gått konkurs slettes det i Foretaksregisteret etter bobehandlingen. Det er derimot mer usikkerhet knyttet til hva som skjer med et NUF etter at bobehandlingen er avsluttet. Selv om det reelle hovedforretningsstedet har vært i Norge er den juridiske enheten i utlandet. Det er ingen kommunikasjon mellom det norske Konkursregisteret og utenlandske register. Konsekvensene av dette er at selv om konkurs er åpnet i Norge får ikke foretaksregisteret i landet hovedselskapet er registrert noen beskjed om dette.³ Det er ikke engang sikkert at konkursen blir anerkjent i det landet hovedselskapet ligger. Foretaksregisteret behandler spørsmålet om sletting av NUF etter endt konkursbehandling etter samme regler som selskaper med *ubegrenset ansvar*.⁴ Spørsmålet om sletting av NUF etter at konkursbehandlingen av hovedselskapet er avsluttet i Norge anses altså i praksis å være

¹ Johnsen, Lena. NTS 2007:4 s. 54

² NOU 1972: 20 s. 228

³ Konkursrådet. Problemnotat om NUF (2007)

⁴ NOU 2009:4 s. 308

regulert av foretaksregisterloven § 7-3 andre ledd.¹ Det følger av fregl. § 7-3 annet ledd at ”registreringspliktige” skal varsles om at selskapet blir slettet dersom de ikke gir beskjed om at det fortsatt består innen et år. ”Registreringspliktige” i et NUF vil normalt være den som stifter NUFet, eieren, eller eventuelt en kontaktperson. Eier og kontaktperson vil svært ofte være samme person, og konsekvensen blir da at det ofte er opp til eieren av hovedforetaket om NUFet skal leve videre eller ikke.² Det er uheldig at det fungerer slik i praksis, en konkurs får ofte nærmest ingen praktiske konsekvenser.

EUs konkursforordning art 16 og 17 har bestemmelser om at konkurs skal åpnes i det landet der skyldneren har sitt ”center of main interests”.³ EUs konkursforordning gjelder bare for medlemslandene. Da NOU 1972:20 ble skrevet var det ikke vedtatt noen konkursforordning i EU, men det var en under utarbeidelse. Den konkursforordningen som ble utarbeidet ble ikke vedtatt, men også den bygget på prinsippet om ”center of main interest”. I NOU 1972:20 ble det uttalt at ” Utvalgets utkast er også overensstemmende med hovedregelen i utkast til EF-konvensjon om konkurs, som i art. 3 gir eksklusiv kompetanse til domstolene i den stat hvor skyldneren har sitt ”forretningssenter” (”le centre des affaires” resp. ”das Geschäftszentrum”). Av art. 3 para. 2 følger at forretningssentret er det sted hvor skyldnerens hovedinteresser vanligvis administreres, og at det for selskaper er presumsjon for at dette er selskapets sete (”le siege statutaire”) inntil annet bevises”.⁴ Dette taler for at ”Hovedforretningssted” i § 146 er ment å være i overensstemmelse ”center of main interests” etter EUs konkursforordning. Et norsk NUF vil som regel ha senter for sine hovedinteresser i Norge hvis hovedforretningsstedet kan antas å ligge her, selv om de er noen forskjeller i vurderingsnormene for de to uttrykkene.⁵ Dersom også EØS-landene hadde vært bundet av EUs konkursforordning ville de andre landene i EU måtte anerkjenne en konkursåpning i Norge, og det ville sannsynligvis gjort det vanskeligere å fortsette driften gjennom NUFet etter en konkursbehandling.

¹ NOU 2009:4 s. 308

² NOU 2009:4 s. 309

³ EC regulation on insolvency proceedings.

⁴ NOU 1972:20 s.227

⁵ Se Johnsen (2007) s. 61 flg.

De praktiske konsekvensene av en konkurs i et norsk NUF er interessante, men for denne oppgavens vedkommende er det mest sentrale at det er mulig å åpne konkurs i Norge i hovedselskapet til norske NUF.

4.2.2 Beviskravene

Det må foretas en konkret vurdering for hvert enkelt tilfelle når man skal avgjøre hvor et selskaps hovedforretningssted ligger.

Det kan ofte være vanskelig å bevise at det norske NUFet virkelig har sitt hovedforretningssted i Norge, de som driver filialen vil ofte si at de også driver i England eller andre steder der hovedselskapet holder til.

I Konkursrådets uttalelse nr 54 om konkursbehandling av norsk avdeling av utenlandsk foretak er det inntatt en liste over noen enkle undersøkelser som kan gjøres for å finne ut om hovedforretningsstedet er i Norge eller i utlandet.

- *Kommer post i retur fra utenlandsk adresse*
- *Hva er registrert i utenlandsk register?*
- *Er selskapet registrert i utenlandsk telefonkatalog?*
- *Hvem er, hvor bor eier av selskapet?*
- *Antall selskaper registrert på samme adresse i utlandet. Dersom det finnes flere selskaper registrert på samme adresse kan dette tyde på at selskapet kun har en postkasse i registreringslandet, mens virksomheten drives fra et annet sted.*
- *Hvem forholder seg til kreditor?*
- *Hvor fakturerer selskapet fra?*
- *Historikk/naturlig fortsettelse av tidligere virksomhet i Norge?*
- *Erkjennelse fra selskapet?*

Bevisbyrden ligger hos rekvirenten i den rettskrets han mener er den rette.¹ Likevel er det klart at skyldneren, debitor, er den som er nærmest til opplysningene.

I en kjennelse avsagt av Borgarting lagmannsrett fra 2007 ble det lagt vekt på at det ikke var lagt frem tilstrekkelig dokumentasjon for at selskapet hadde sitt hovedforretningssted i England fra kjæremotparten.² Hovedforretningsstedet ble derfor antatt å være i Norge.

4.3 Personer i et NUF som kan ilegges konkurskarantene

Som det fremgår av konklusjonen i punkt 4.2.1 har norske domstoler konkursjurisdiksjon dersom ”*hovedforretningsstedet*” til hovedselskapet ligger i Norge. Den første problemstillingen er om det i det hele tatt kan ilegges konkurskarantene ved en slik konkursåpning, det er jo et *utenlandsk* selskap det åpnes konkurs i.

Siden et NUF ikke er et eget rettssubjekt kan de ansatte i NUFet bli vurdert som ansatt i hovedselskapet. Så lenge hovedselskapet er stiftet innenfor EØS-området er det stiftelseslandets lovgivning som gjelder for selskapet, og det kan derfor tenkes at norske domstoler derfor ikke har kompetanse til å ilegge konkurskarantene etter norsk lov. Konkursloven § 142 sjette ledd nr. 2 jfr. femte ledd løser dette spørsmålet, ved at NUF er inntatt på listen over hva som skal anses som ”*selskap*” ved ileggelse av konkurskarantene. Praksis viser også at det ilegges konkurskarantener ved konkurs åpnet i et NUF, et eksempel er en kjennelse avsagt i Oslo byfogdembete 19.1.2009 sak nr. 08-111700KON-OBYF/2.

Det neste spørsmålet er hvilke personer i et NUF som kan ilegges konkurskarantene.

Det følger av § 142 sjette ledd nr. 2 jfr. femte ledd at de personene som har hatt stilling som ”*daglig leder*” og ”*medlem eller varamedlem av styret*” i et NUF kan ilegges konkurskarantene. Det følger videre at det er hvem som reelt har innehatt disse stillingene som er det interessante, ikke hvem som formelt har hatt det. De personene som innehar

¹ Konkursrådet. Uttalelse nr. 54 punkt 2

² LB-2007-107531

stilling som daglig leder eller er styremedlem og varastyremedlem kan etter dette settes i konkurskarantene hvis de øvrige vilkårene i kkl. § 142 er oppfylt.¹

At det er det reelle forholdet som er av betydning gir tingretten adgang til å skjære igjennom dersom det blir bevist at det ikke er riktig personer som er formelt registrert i Foretaksregisteret.

Konklusjonen er at de som *reelt* innehar stilling som daglig leder i et NUF og personer som reelt har vært medlem eller varamedlem i styret kan idømmes konkurskarantene dersom de øvrige vilkårene i kkl. § 142 er til stede.

4.3.1 Kontaktperson

Dersom det ikke registreres daglig leder eller styre for et NUF i Foretaksregisteret, stilles det krav om at det må registreres en "*kontaktperson*".² Det er knyttet mye usikkerhet rundt en kontaktpersons rolle i et NUF. Både hvor man finner hjemmelen for å pålegge et NUF uten registrert styre eller daglig leder å oppgi en kontaktperson, hvilke plikter og ansvar som påhviler denne personen, og om man kan ilegge en kontaktperson konkurskarantene er uklart. For å besvare spørsmålet om hvilke personer som kan ilegges konkurskarantene i et NUF må de andre problemstillingene i forbindelse med kontaktpersonens rolle behandles.

a) Hjemmelen for registrering av kontaktperson

Det har flere steder blitt uttalt at det ikke finnes noen hjemmel for kravet om en kontaktperson. I skatteunndragelsesutvalgets utredning i NOU 2009:4 s.307 uttales det at *"ved registrering i Foretaksregisteret krever registeret at det oppgis en kontaktperson i Norge. Dette kravet synes ikke å ha noen direkte hjemmel, men spørsmålet er ikke blitt satt på spissen, og er derfor ikke prøvd rettslig."*

Etter min mening finnes det en hjemmel for kravet om kontaktperson i enhetsregisterloven § 5 litra f jfr. § 11.

¹ Se punkt 2.3 flg.

² NOU 2009:4 s. 307

Det følger av enhetsregisterloven § 5 f at det må oppgis ”*Daglig leder, forretningsfører, innehaver eller tilsvarende kontaktperson; dersom dette er en juridisk person, må det i tillegg oppgis en fysisk person som kontaktperson*” for å få organisasjonsnummer. Av § 11 fremkommer det at ”*Registerfører for tilknyttet register har rett og plikt til å bruke de opplysninger som er registrert i Enhetsregisteret under utførelsen av sitt arbeid. De har også plikt til å holde eget register à jour i forhold til slike opplysninger registrert i Enhetsregisteret*”.

Foretaksregisteret er et ”*tilknyttet register*”, jfr. enhetsregisterloven § 2 litra b.

Videre må et NUF registreres i Enhetsregisteret for å få organisasjonsnummer som skal registreres i Foretaksregisteret, jfr. enhetsregisterloven § 9. At Foretaksregisteret har plikt til å holde registeret à jour med Enhetsregisteret, og at NUFet må registreres der for å få organisasjonsnummer, må bety at Foretaksregisteret har hjemmel til å kreve å få opplyst en kontaktperson.

b) Kan en kontaktperson ilegges konkurskarantene?

Før spørsmålet om kontaktperson kan ilegges konkurskarantene må det klargjøres hvilke plikter og ansvar som påhviler en person i denne stillingen.

Det kommer ikke klart frem av enhetsregisterloven eller dens forarbeider hva en kontaktpersons oppgaver er.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i en tolking av ordet ”*kontaktperson*”. Det følger av ordlyden i enhetsregisterloven § 5 at det må være en ”*fysisk person*”, det er med andre ord ikke nok å registrere en adresse til en juridisk person. En kontaktperson må først og fremst være en person offentlige og private kan ta kontakt med dersom ingen er registrert som daglig leder eller i styret etter fregl. § 3-8 nr.8. Naturlige oppgaver vil da være å svare på spørsmål og lignende. Det følger av enhetsregisterloven § 8 at kontaktperson har ansvaret for å gi en skriftlig erklæring på at det som meldes til Enhetsregisteret er riktig. Det kan tale for at en kontaktpersons oppgave også er å sørge for at det som til enhver tid er registrert i Foretaksregisteret og Enhetsregisteret er riktig.

Det er naturlig å anta at behovet for en kontaktperson er lite dersom det er registrert en daglig leder eller styre for NUFet, da kan de som har behov kontakte disse direkte.

Det neste spørsmålet blir da om en ”kontaktperson” kan ilegges konkurskarantene etter kkl. § 142 sjette ledd nr. 2.

Det er sikker rett at det er det reelle og ikke det formelle som skal legges til grunn når man vurderer å ilegge konkurskarantene. Dette følge direkte av ordlyden i § 142 sjette ledd pkt. 2.

I de tilfellene der en kontaktperson i et NUF reelt har utøvd stillingen som daglig leder eller verv i styret, vil tingretten med andre ord kunne skjære igjennom. Dersom eieren av hovedselskapet er registrert som kontaktperson i Foretaksregisteret, skal han ikke ha den daglige ledelsen av bedriften. Hvis det er tilfelle kan tingretten ilegge han konkurskarantene fordi vedkommende reelt har utøvd stilling som daglig leder, jfr. § 142 sjette ledd nr. 2. Som tidligere nevnt ble det uttalt i forarbeidene at man skal være forsiktig før man ilegger andre personer enn de som formelt har hatt stillingene som er nevnt i kkl. § 142 sjette ledd nr. 2 konkurskarantene, det må gjelde også for personer som er registrert som kontaktperson.¹

Begrunnelsen for at det er de som har stilling som daglig leder eller verv i styret som kan settes i konkurskarantene er at det er disse som leder bedriften. Det er konkursgjengangeri man ønsker å forhindre med konkurskarantene, og da er det de som leder en bedrift inn i konkurs som må rammes av reglene.²

Dersom en kontaktperson ikke utfører andre oppgaver enn å være en person som svarer på spørsmål og lignende for filialen i Norge er det ingen grunn til at denne personen skal kunne settes i konkurskarantene.

Konklusjonen er at en kontaktperson, som ikke har noen annen reell stilling, ikke kan ilegges konkurskarantene etter kkl. § 142 sjette ledd pkt. 2.³

¹ Ot.prp. nr 50 (1980-1981) s.124

² Ot.prp. nr 50 (1980-1981) s. 50

³ Ot.prp. nr 50 (1980-1981) s.124

5 Avsluttende bemerkninger

Avslutningsvis må det bemerkes at denne avhandlingen bare har behandlet en liten del av spørsmålene rundt NUF. Hovedfokuset har vært på å finne hjemler og adgang til å nekte registrering av NUF der eieren av hovedselskapet er ilagt norsk konkurskarantene, i tillegg til spørsmålet om hvilke personer i et NUF man kan ilegge konkurskarantene.

Jakten på hjemmel til å nekte registrering kan gi inntrykk av at jeg har et negativt syn på NUF. Derfor ønskes avslutningsvis å understreke at det er en stor forskjell på å drive næring gjennom et NUF der man er ilagt konkurskarantene og der man ikke er i karantene. En konkurskarantene kan etter konkursloven § 142 første ledd bli ilagt dersom det er mistanke om at det har blitt begått straffbare handlinger i forbindelse med konkursen eller driften som har ført til insolvensen, eller dersom forretningsførselen har vært uforsvarlig og at skyldneren derfor må anses uskikket til å fortsette å drive næring. Det strider mot både rimelighetshensyn og rettferdighetshensyn at man skal kunne omgå en slik sivilrettslig reaksjon ved å drive næring gjennom et NUF.

Konkursryttere er med på å skade NUFs rykte, og ødelegger dermed mye for ærlige personer som ønsker å benytte seg av de fordelene NUF kan gi; blant annet muligheten til å drive et selskap med begrenset ansvar, samtidig som man slipper å ha 100.000 kroner i aksjekapital.¹

Drøftelsene og konklusjonene i denne avhandlingen viser at det er adgang til å nekte registrering av NUF der en person i konkurskarantene stifter NUF, eller får en mulighet til å være med på driften av filialen på en måte han ikke kan etter kkl. § 142.

Både på grunn av det inntrykket man får av NUF som selskapsform når den brukes til å omgå konkurskarantene, og for at formålene bak konkurskarantene skal oppnås, bør etter min mening den nåværende praksis endres.

¹ Se aksjeloven § 3-1

6 Litteraturliste

Bøker

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fr. Riber-Mohn. Oslo, 2004

Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*. Oslo, 2006

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E. *Rettskildelære*. 5. utgave. Oslo, 2001

Hov, Jo. *Rettergang I. Sivil- og straffeprosess*. Oslo, 2007.

Huser, Kristian. *Gjeldsforhandling og konkurs bind 2*. Bergen, 1988

Schonhowd, Kjetil. *Konkurskarantene- vilkår og virkning*. Lillehammer, 2001

EØS-rett. Sejerstad, Fredrik ... (et al.). 2. utgave. Oslo, 2004

Wiker, Håvard og Ro, Knut. *Konkursloven kommentarutgave*. Oslo 2003

Artikler

Johnsen, Lena. *Norsk filial av utenlands selskap- NUF*.

Nordisk tidsskrift for selskapsrett Nr.2 2007

Johnsen, Lena. *Konkursbehandling av Norsk filial av utenlandsk foretak (NUF)*.

Nordisk tidsskrift for selskapsrett Nr.4 2007

Husaas, Trine. *NUF- Utenlandske foretak i Norge*.

Revisjon og regnskap Nr.7 2008 <http://revreg.pdc.no>

Konkursrådet. *Uttalelse nr.54- Konkursbehandling av utenlandsk foretak (NUF)*. 16. januar 2008. <http://konkursradet.no/art/?id=756>

Konkursrådet. *Problemnotat om norsk avdeling av utenlandsk foretak (NUF) på bakgrunn av Konkursrådets årskonferanse 2006*.

<http://www.konkursradet.no/art/?id=735&sok=nuf#soketreff>

Norske lover

- 1890 Lov om Handelsregistre, Firma og prokura. 17.mai 1890 nr. 6 (opphevet)
- 1957 Lov om aksjeselskaper. 6.juli 1957 nr.4 (opphevet)
- 1981 Straffeprosessloven. 22. mai 1981 nr.14 (stril.)
- 1984 Lov om gjeldsforhandling og konkurs. 8.juni 1984 nr. 58 (kkl)
- 1985 Lov om registrering av foretak. 21.juni 1985 nr.78 (fregl)
- 1985 Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper. 21.juni 1985 nr.83 (sel)
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. 27. november 1992 nr.109
- 1994 Lov om Enhetsregisteret 6.april 1994 nr.15 (enhrgl.)
- 1997 Lov om aksjeselskap. 13.juni 1997 nr. 44 (asl)
- 1997 Lov om allmennaksjeselskap. 13. Juni 1997 nr. 45 (asal)

Andre lover

Companies Act 1985

Companies Act 1989

Companies Act 2006

Konvensjoner og andre folkerettslige rettsakter

Nordiske konkurskonvensjon. Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs av 7.november 1933.

EØS-avtalen. Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeid av 2. Mai 1992

EUs konkursforordning Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings

Norsk Rettspraksis

Rt. 1991 s. 932

Rt. 1991 s.1216

Rt. 1992 s. 553

Rt. 1993 s. 218

Rt. 1993 s.1302

Rt. 2003 s. 1221

RG 1992 s. 556

LB-2007-107531,

EF-domstolen

Sak C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og selskapsbestyrelsen,
9.3.1999 (Centros-dommen)

Sak 270/83. Kommisjonen mot Frankrike. 28.1.1986. (Segers-dommen)

Forarbeider

NOU 1972:20. Gjeldsforhandling og konkurs

NOU 2009:4. Tiltak mot skatteunndragelser

Ot.prp.nr 50 1980-1981. Om A) lov om gjeldsforhandling og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m. m

Ot.prp. nr. 39 1982-1983. Om A) lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) B) lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m

Ot.prp.nr. 50 1984-1985 Om A) lov om registrering av foretak B) lov om enerett til firma og andre forretningskjennetegn (fimaloven) C) Lov om prokura

Ot.prp.nr.11 1993-1994 Om lov om enhetsregisteret

Innstilling fra aksjelovkomiteen av 1947. 11.februar 1952

Innst.O. nr.56 1983-1984. Innstilling fra justiskomiteen om A) lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) B) lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m. m.

Norske og utenlandske nettdokumenter

Brønnøysundregistrene. *Årsmelding 2008.*

<http://www.brreg.no/organisasjon/aarsmelding/>

Brønnøysundregistrene. *Informasjon om enhetsregisteret.*

<http://www.brreg.no/registrene/enhet/enhet.html>

Brønnøysundregistrene. Organisasjonsnummeret.

<http://www.brreg.no/samordning/organisasjonsnummeret.html>

Overview Companies Act

<http://www.companieshouse.gov.uk/companiesAct/companiesAct.html>

Statistisk sentralbyrå. Nyetableringar etter organisasjonsform. 2001-2008.

<http://www.ssb.no/emner/10/01/foretak/tab-2009-02-27-04.html>

Rettsdata. Kommentarer til foretaksregisterloven.

<http://abo.reettsdata.no/propub/template.htm?view=main>

Personlig meddelelse

Rørmark, Karl Erik. E-post. 19. februar 2009

Finnbakk, Torstein. E-post. 16. februar 2009

7 Lister over tabeller og figurer m v

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>

